Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Christian Nielsen,
Referendar in Flensburg.

RNB

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Allgemeines. Verneinung einer Parteistellung der Konkursmasse; desgleichen der Gläubiger 1

Erster Teil.

Der Gemeinschuldner als Partei.

§ 1. Unmöglichkeit eines Nachweises seiner Parteistellung auf Grund von Bestimmungen des bürgerlichen Rechts oder des materiellen Konkursrechts 11
§ 2. Lösung der Streitfrage aus dem entwickelten Parteibegriffe heraus; die Amtstheorie und ihr Parteibegriff 15
§ 3. Untersuchung der Analogien der Amtstheorie 22
§ 4. Analogien der Vertretertheorie und zusammenfassende Anwendung des Gefundenen auf unsere Frage 63
§ 5. Die übrigen Angriffe der Amtstheorie gegen die Vertretertheorie und Zurückweisung derselben 67
§ 6. Der Umfang des gefundenen Grundsatzes: keine Ausnahmen . . 82

Zweiter Teil.

Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in den vom Verwalter geführten Prozessen im übrigen; Folgen seiner Parteistellung.

§ 7. Die Möglichkeit einer Streitgenossenschaft und einer Nebenintervention des Kridars 90
§ 8. Die Möglichkeit einer Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen in diesen Prozessen 95

Literaturverzeichnis.

Bernstein, Allgem. deutsche und allgem. österreichische Wechselordnung. 1898.
Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. 1900.
Biermann, Über Jaegers Konkursordnung. In Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 34 S. 517 ff.
Bunsen, Über den Parteibegriff. In Buschs Zeitschrift Bd. 26 S. 197 ff.
v. Canstein in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht 1882 Bd. 9 Heft 3 S. 461 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1, 2, 5. 2./3. Aufl. 1905.
Eccius, Preuß. Privatrecht. Bd. 1, 5. 7. Aufl. 1896.
Endemann, Das deutsche Konkursrecht. 1889.
Endemann, Die Entwicklung des Konkursverfahrens. In Buschs Zeitschrift Bd. 12 S. 1 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 3.—5. Aufl. 1899.
Endemann, Über Seufferts Konkurspfandrecht. In Buschs Zeitschrift Bd. 12 S. 532 ff.
Entwurf einer Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1875.
Fischbach, Das Sammelvermögen. 1907.
Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.
Gallinger, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters und der Gläubiger bei Feststellung einer Forderung. Erlanger Diss. 1896.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 8. Aufl. 1906.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1906.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Hellwig, Klagrecht und Anspruch. 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Hupka, Die Vollmacht. 1900.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1904.
Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1889.
Jaeckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.
Kohler, Leitfaden des Konkursrechts für Studierende. 2. Aufl. 1903.
Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeßrecht. 1894.
Kohler in Buschs Zeitschrift Bd. 12 S. 99 ff.
König, Die öffentliche Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck. Hallenser Diss. 1907.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1900.
Leo, Deutsches Seerecht. 1902.
Lippmann, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters. In Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 112 ff. 1900.

Makower, Handelsgesetzbuch. Kommentar. Bd. 4: Seehandel. 12. Aufl. 1900.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1900.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 3. 5. Aufl. 1909.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1908.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. 1: Die Gläubiger. 1891.
Oetker, Konkursrechtliche Probleme. In Buschs Zeitschrift Bd. 25 S. 1 ff.
Peiser, Die Zwangsverwaltung von Grundstücken. 2. Aufl. 1900.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900/01.
Petersen, Beiträge zur Konstruktion der Konkursverhältnisse. In Buschs Zeitschrift Bd. 9 S. 1 ff.
Petersen, Die Parteien im Prozeß. In Buschs Zeitschrift Bd. 18 S. 1 ff.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5: Erbrecht. 3. Aufl. 1908.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rehbein, Wechselordnung mit Kommentar. 8. Aufl. 1908.
Rintelen, Das Konkursrecht. Systematischer Kommentar. 2. Aufl. 1902.
Rosenthal, Die Sachlegitimation. 1903.
Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1901.
Schaps, Das deutsche Seerecht. 1906.
Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
Schott, Das Armenrecht der deutschen Zivilprozeßordnung. 1900.
Seckt, Ein Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. Rostocker Diss. 1899.
Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. Abt. 1: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse. 1883.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 10. Aufl. 1907.
Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundbegriffen. 1880.
Staub, Kommentar zur Wechselordnung. 4. Aufl. 1901.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1907.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. 1909/10.
Stegemann, Parteien im Prozeß. In Buschs Zeitschrift Bd. 17 S. 326 ff.
Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 5. 1885.
Stranz, J. u. M., Wechselordnung. 10. Aufl. 1909.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 2. Aufl. 1906.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1901.
v. Völderndorff, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1885.
Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts. 1885.
v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. 1906.
v. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. 1895.
Wolff, Massegläubiger im Konkurse. In Buschs Zeitschrift Bd. 22 S. 207 ff., 230 ff.
Wolff, Kommentar zur Konkursordnung. 1900.
Wolff, Kommentar zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft, Bd. 7 S. 404, Bd. 16 S. 407, Bd. 29 S. 29 ff., Bd. 40 S. 340 ff., Bd. 47 S. 207, Bd. 52 S. 216 ff., 331 ff., Bd. 56 S. 326 ff., Bd. 58 S. 12, 331 ff., Bd. 62 S. 388 ff., Bd. 63 S. 65 ff.

Einleitung.

In den vom Konkursverwalter aktiv oder passiv geführten Prozessen ist begrifflich die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in verschiedener Weise denkbar; und wie in dieser Frage die Auffassung der Gesetze und der sie auslegenden Wissenschaft im Laufe der Zeit gewechselt hat, so gibt es auch heute noch eine Anzahl Theorien, von denen jede dem Kridar eine andere Stellung zuweist. Besonders hinsichtlich der Frage nach der Partei in den genannten Prozessen herrscht lebhafter Streit. Die einen sehen als Partei die Konkursmasse als solche an, andere die Gläubigerschaft, wieder andere den Gemeinschuldner — diese Ansicht ist u. E. allein haltbar —, eine Meinung endlich, die auch das Reichsgericht vertritt, den Konkursverwalter selbst. Dazu gibt es auch hier Zwischenmeinungen, die teils mehrere der Genannten zugleich als die Partei annehmen, teils der grundsätzlich anerkannten Partei diese Stellung in gewissen Prozeßgruppen absprechen.

Wie sich nach unserm Rechte[1]) die Rechtsstellung des Gemeinschuldners in den vom Konkursverwalter geführten Prozessen gestaltet, insbesondere ob er Partei ist, ob er sich neben dem Verwalter an dem Prozesse beteiligen, ob er im Prozesse hinsichtlich der Konkursmasse als Zeuge vernommen werden kann, soll eingehend geprüft werden.

Zunächst sollen jedoch noch einleitungsweise diejenigen Theorien kurz gewürdigt werden, die die Rechtsstellung des Gemeinschuldners dahin auffassen, daß er weder die Partei noch die durch den Verwalter als Selbstpartei in diesen Prozessen repräsentierte Person sei, und die daher die Rechtsstellung des Gemeinschuldners mehr nur mittelbar betreffen, deren Erörterung jedoch in mancher Beziehung die Grundlage für die weitere Behandlung unserer Frage bilden wird. Es sind dies zugleich diejenigen Theorien, die u. E.

---

[1]) Über die Repräsentation der Aktivmasse durch den Kurator, der Passivmasse durch den Kontradiktor im gemeinen Recht vgl. Schultze S. 48ff.; v. Völderndorff S. 41. Demgegenüber ist heute selbst bei Vorhandensein mehrerer Konkursverwalter dessen Stellung und dementsprechend auch die des Gemeinschuldners grundsätzlich eine einheitliche (§§ 6 Abs. 2, 79 KO.).

deswegen nicht zu halten sind, weil sie den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und der Materie des Konkursrechts ohne weiteres zuwiderlaufen; auch sind sie deshalb vorwegzunehmen, weil ihre Verwerfung nicht von einer eingehenden Prüfung des Parteibegriffes, wie sie später zu erfolgen hat, abhängig ist.

Prüfen wir zuerst, ob die Konkursmasse als solche Partei ist und vom Verwalter vertreten wird. Das Wort „Konkursmasse", das die Konkursordnung mehrfach[1]) gebraucht, wollen manche nicht mit der herrschenden Meinung[2]) dahin auslegen, daß es nur einen zusammenfassenden Ausdruck für die gemäß § 3 KO. gebundene universitas iuris im Gegensatz zum konkursfreien Vermögen des Kridars bedeute, sondern dahin, daß diesem Sondervermögen juristische Persönlichkeit oder doch die Eigenschaft, als Masse zu klagen und verklagt zu werden, zukomme. Die Annahme einer juristischen Person wird am reinsten von v. Völderndorff[3]) verfochten. Hellwig[4]) will zwar zugeben, daß eine Person nicht vorliegt, doch nimmt er eine Vermögensmasse im Sinne des § 17 ZPO. an, die als solche klagen und verklagt werden könne, im Prozesse also die Stellung der Partei habe. Förster-Eccius[5]) weiter und ihm folgend Gallinger[6]) nehmen nicht eine Persönlichkeit „der Masse" an, sondern erklären, es werde ein neues Subjekt, „die Verwaltung" fingiert, in dessen Vertretung der Verwalter handele. Gallinger nimmt noch an, auf diese Verwaltung gingen fiduziarisch das Eigentum und die sonstigen Rechte des Kridars über. Diesen Ansichten ist manches entgegenzuhalten: Der Wortlaut der Konkursordnung zunächst dient ihnen nicht als Beweis; denn dann müßte man auch in anderen Fällen, wo eine Rechtsgesamtheit unter einem Namen zusammengefaßt wird, eine Person annehmen können. Die herrschende Meinung kann sich[7]) demgegenüber z. B. auf das Wort „Erbschaft" mit Recht berufen. Es ist für das heutige Recht[8]) unbestreitbar, daß die Erbschaft nur Vermögensobjekt, Eigentum oder sonstige Rechte des Erben, nicht aber Person ist, also auch, da § 50 ZPO. die Parteifähigkeit von der Rechtsfähigkeit abhängig macht, nicht Partei ist. Ebenso handelt es sich bei der „Konkursmasse" nur um eine wörtliche Zusammenfassung, die im Interesse kurzer Ausdrucksweise geboten

---

[1]) z. B. in den §§ 37, 39 KO.
[2]) vgl. dazu Jaeger, KO. Anm. 51 zu § 1.
[3]) S. 41.
[4]) Anspruch und Klagrecht S. 228 ff., 248 ff.
[5]) Bd. 1 S. 801 ff.
[6]) S. 22 ff.
[7]) vgl. Jaeger a. a. O.
[8]) §§ 1922, 1953 BGB.

und mit Rücksicht auf die gemäß § 3 KO. stattfindende Sonderung vom freien Vermögen unentbehrlich ist. Steht dies fest, so müßte, da es sich um eine juristische, eine erst vom Rechte selbst geschaffene Person[1]) handeln soll, das Gesetz den Willen einer solchen Schöpfung ausgesprochen haben. Dies ist nirgends geschehen. Die offene Handelsgesellschaft steht einer juristischen Person nahe, zumal da sie auch klagen und verklagt werden kann.[2]) Doch ist sie mangels einer schaffenden Vorschrift anerkanntermaßen keine Person. — Hellwig ist zu erwidern, daß die Frage, ob eine Vermögensmasse als solche klagen oder verklagt werden kann, soweit dies nicht besonders bestimmt ist, wie Hellwig[3]) auch selbst zugibt, von der Frage nach dem Parteibegriff abhängt; für diese gilt aber wieder § 50 ZPO. So ist die Stiftung eine Vermögensmasse, die klagen oder verklagt werden kann, aber nur, weil das Bürgerliche Gesetzbuch ihr Rechtsfähigkeit verleiht. Zwar dürfte es auch jedenfalls eine Vermögensmasse geben, die verklagt werden und widerklagen kann, nämlich das Grundstück im Falle der §§ 58, 758 ZPO., doch nur aus dem Grunde, weil ein Subjekt nicht in Betracht kommen kann, was hier offenbar nicht zutrifft. — Gallinger vollends ist zu entgegnen, daß bei einem fiduziarischen Eigentumsübergang vom Kridar auf „die Verwaltung" der Gemeinschuldner das Eigentum verliert; denn fiduziarisches Eigentum ist Eigentum.[4]) Diese und jene anderen Ansichten sind vor allem damit unvereinbar, daß die Konkursordnung im § 6 ausdrücklich sagt, der Gemeinschuldner verliere die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über „sein" Vermögen, und im § 14 von dem sonstigen Vermögen[5]) des Kridars spricht, worin deutlich liegt, daß der Gemeinschuldner Subjekt seines Vermögens, dieses aber nicht selbst wieder Subjekt ist. Diese Annahmen würden auch dem Begriff des Eigentums, des seinem Inhalt nach unbeschränkten Rechts der Herrschaft über die Sache widersprechen. Auch heute noch folgt aus dem Eigentumsbegriff der Satz: dominium plurium in solidum esse non potest.[6]) Die Behauptung Gallingers,[7]) daß nur ein „Schatteneigentum" dem Kridar verbleibe, beseitigt den Widerspruch nicht; denn das Schatteneigentum kann eben nur als Eigentum aufgefaßt werden. Wenn weiter ein solcher Rechts-

---

[1]) vgl. auch §§ 21 ff. BGB.

[2]) § 124 HGB.

[3]) a. a. O.

[4]) vgl. dazu unten S. 23 f.

[5]) vgl. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 24; Jaeger, KO. Anm. 51 zu § 1; v. Wilmowski Anm. 2 zu § 6.

[6]) Dig. 13, 6, 5, 15 und § 903 BGB.

[7]) S. 22.

übergang stattfände, so müßte auch irgendwie von einem Rückübergang bei Vorliegen eines Überschusses nach Beendigung des Verfahrens die Rede sein.[1]) Ein Versuch der Personifikation der Masse ist nur ein Versuch, die Schwierigkeiten zu umgehen, die andere Annahmen mit sich bringen. „Abzulehnen und ungesund ist der Drang, jedes Vermögen zum Rechtssubjekt werden zu lassen, wenn es sich in einer besonderen Lage befindet.“[2]) Ebenso abzulehnen ist von demselben Gesichtspunkt aus die Annahme einer vertretungsfähigen Masse gemäß § 17 ZPO.[3]) Es liegt schließlich auch kein Grund vor, etwa aus Gründen der Rechtspolitik der Masse eine selbständige, persönliche Stellung zu gewähren. Liegen hier doch ganz andere Verhältnisse vor als z. B. bei der Stiftung. Die Konkursmasse soll nur für die Zwecke und für die Dauer des Konkurses bestehen; es liegt nur eine besondere Lage des Vermögensteils des Gemeinschuldners vor. Dagegen ist sie nicht wie etwa die Stiftung „Mittelpunkt einer dauernden wirtschaftlich-juristischen Tätigkeit“.[4]) Wie Petersen[5]) zeigt, ist das Verhältnis zwischen Masse und freiem Vermögen nichts anderes als „das natürliche Ergebnis der Spaltung des Vermögens des Kridars in zwei Teile durch die Konkurseröffnung“, ohne daß bei dieser Spaltung eine neue Person entstände.

Stieglitz[6]) nimmt nur scheinbar eine juristische Person der Masse als Sondervermögens an, sondern versteht unter der Masse eine juristische Person, bestehend aus dem Kridar und den Gläubigern, eine Konstruktion, die mit dem Beweise fallen muß, daß die Gläubiger in den vom Verwalter geführten Prozessen nicht die vertretene Partei sind.

Was diese Annahme einer Parteistellung der Gläubiger angeht, so wird sie auf verschiedene Weise begründet: Verworfen ist von der Konkursordnung jedenfalls[7]) die Annahme eines Vermögensübergangs auf die Gläubiger. Denn gemäß §§ 6, 14 KO. verbleibt dem Kridar das Vermögen auch während des Verfahrens.[8])

Nach einigen ist der Verwalter[9]) Vertreter der Gläubiger in Ausübung eines ihnen an der Masse zustehenden dinglichen Rechts, das entweder jedem einzelnen Gläubiger oder der Gläubigerschaft in ihrer Gesamtheit zukomme. Mit der Verwerfung eines solchen

---

[1]) vgl. Stieglitz S. 39.
[2]) Gaupp-Stein § 50 S. 134.
[3]) vgl. dazu S. 73 ff.
[4]) Regelsberger S. 296 über die Erbschaft.
[5]) In Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 22.
[6]) S. 41.
[7]) vgl. Mot. S. 15.
[8]) s. S. 3.
[9]) vgl. Mot. S. 15 ff.

dinglichen Rechts überhaupt entfällt die Frage, wem es zustehe.[1] Seuffert[2] zunächst will ein den einzelnen Gläubigern zustehendes Pfandrecht an den Massegegenständen, das grundsätzlich durch die Konkurseröffnung geschaffen sei, dessen Vollendung aber „bedingt“[3] sei durch die Anmeldung der Gläubiger, „ein Pfandrecht mit hinterher feststellbarer Ratenbeteiligung“. Treten aber die Berechtigten erst nach und nach hervor, und ist sogar ein tatsächlicher Ausschluß einzelner säumiger Gläubiger möglich, so wird das Pfandrecht beim Eintritt eines neuen Berechtigten jedesmal in seinen Beziehungen geändert und in Wirklichkeit der Entstehungszeitpunkt auf den Augenblick der Anmeldung hinausgeschoben. Das Pfandrecht müßte jedenfalls im Zeitpunkt der Konkurseröffnung entstehen; denn in diesem tritt nach dem Gesetz die Bindung der Masse ein, nicht erst durch die Anmeldung. Wollte man jene gekünstelte Konstruktion hinsichtlich des Entstehungszeitpunkts selbst gelten lassen, so ist doch die Annahme eines Spezialpfandrechts undenkbar. Das mit der Konkurseröffnung entstehende Pfandrecht könnte höchstens ein Generalpfandrecht sein, da es gemäß § 3 KO. gleichzeitig an der gesamten Masse[4] entstehen müßte. Hellmann[5] nimmt zwar die Entstehung mit der Konkurseröffnung an, behauptet aber, daß „der moderne Pfandrechtsgedanke der Spezialität durchaus festgehalten sei“. Denkbar wäre nur ein Generalpfand, und die Behauptung Hellmanns, die spätere Eintragung des Konkurses für jedes einzelne Grundstück und die Inbesitznahme einer jeden beweglichen Sache wahre die Spezialität, kann nicht zutreffen. Denn — abgesehen davon, daß eine Inbesitznahme einer jeden Mobilie nicht immer erfolgt — haben diese Akte wie in vielen anderen Fällen nur die Bedeutung und den Zweck, die Befriedigung aus der Masse zu sichern, und niemals könnte sich durch sie das etwa mit der Konkurseröffnung als entstanden anzunehmende Generalpfandrecht in ein Spezialpfandrecht verwandeln. Es bliebe die Möglichkeit einer Generalhypothek an allen Massegegenständen: Eine solche verficht v. Canstein.[6] [7] Aber die Annahme eines Pfand-

---

[1] Über das pignus praetorium vgl. Endemann, Entwicklung des Konkursverfahrens, in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 29.

[2] Zur Geschichte und Dogmatik S. 81 ff.

[3] Ebenda S. 84.

[4] vgl. auch Mot. a. a. O.

[5] S. 625 ff.

[6] S. 471 ff.

[7] Auch Kohler nimmt in Wirklichkeit ein solches an. Er spricht zwar nur von einem „Beschlagsrecht“, das den Gläubigern mit der Konkurseröffnung deferiert werde und sich vollende mit der Anmeldung. Mit der Konkurseröffnung sei schon ein Beschlagsrecht in blanco vorhanden. Weshalb aber das Beschlagsrecht den

rechts in irgendwelcher Form ist für das heutige Recht unhaltbar: die Anhänger jener Theorien berufen sich darauf, daß der Anspruch der Gläubiger sich infolge der Konkurseröffnung gemäß der Konkursordnung verdichte, verändere, verdingliche. Aber eine Veränderung des Anspruchs als solchen ist nirgends zu spüren; der Anspruch bleibt derselbe gegen den Gemeinschuldner gerichtete Anspruch auch während des Konkurses. Nur die Art der Geltendmachung ist für die Dauer desselben eine besondere insofern, als die Konkursmasse nunmehr zur ausschließlichen Befriedigung der Gläubiger dient, diese auch allein auf die Masse angewiesen sind,[1]) und zum Zwecke der Geltendmachung erhalten die Gläubiger mancherlei Rechte. Ein Dinglichwerden oder ein Hinzutreten eines dinglichen Rechts aber ist nirgends der Fall. Und nur da kann ein dingliches Recht anerkannt werden, wo das Gesetz selbst ein solches oder doch die Folgen eines solchen ausspricht.[2]) Eine solche Veränderung glaubt nun Hellmann[3]) nachweisen zu können. Das Recht lasse sich hier aus seinen Folgen erkennen. Es sei dinglich, da seine Folge „Verwertungsbefugnis gegen jedermann“ sei. Eine gewisse Wirkung gegen alle ist Hellmann zuzugeben; § 3 in Verb. mit § 7 KO. spricht eine solche ja aus. Aber „Verwertungsbefugnis“ (Wirkung) gegen alle ist kein sicheres Merkmal des dinglichen Rechts, der rechtlich geregelten Beziehung zwischen Person und Sache, sondern ein solches des absoluten, des einer bestimmten Beziehung zu einer Person (relatives Recht) entbehrenden Rechts. Oft fällt das absolute Recht mit dem dinglichen zusammen; ja jedes dingliche Recht ist absolut. Doch gilt keineswegs die Umkehrung. In der Tat liegt nun hier ein Recht vor, das einen gewissen absoluten Charakter trägt, ohne deswegen dinglich zu sein: Neben den obligatorischen Anspruch des Konkursgläubigers tritt mit der Konkurseröffnung eine beschränkte Art des absoluten Rechts. Die nach § 3 KO. erfolgte Bindung der Masse bestimmt sich näher nach § 7 KO. insofern, als Zuwiderhandlungen gegen das ausschließliche Befriedigungsrecht der Gläubiger diesen gegenüber unwirksam sind. Völlig absolut ist das mit der Konkurseröffnung entstehende Recht des Gläubigers nicht, weil es für das Verhältnis zwischen Kridar und einem Vertragsgegner besonders der Wirksamkeit nicht entgegensteht, das Entgegenhandeln eine

---

Namen Pfandrecht nicht genau so gut verdienen sollte wie z. B. das Pfandrecht Seufferts, ist nicht zu erkennen, zumal da auch Kohler dieses Recht dinglich aufgefaßt wissen will (vgl. Kohlers Lehrb. S. 102 ff., Leitf. S. 72 ff.).

[1]) vgl. §§ 3 ff., 12 ff. KO.

[2]) vgl. über die früheren Rechte, besonders die AGO. und die preuß. KO. andererseits Endemann in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 532.

[3]) S. 625 ff.

völlige Nichtigkeit nicht hervorruft. Aber beschränkt absolut ist es, da andererseits, was das im Konkurse wichtigere ist, die Unwirksamkeit zugunsten der Gläubiger allen gegenüber geltend gemacht werden kann. — Auch der Hinweis auf die Beschlagnahme[1]) ist kein Beweis, weil hier die Verhältnisse ganz ähnlich liegen. Nur vom Gegenteil kann der § 23 ZVG. überzeugen, wenn er die Anwendung des eben Gesagten zuläßt, indem er der Beschlagnahme die Wirkung eines (relativen) Veräußerungsverbots beilegt, also auf die §§ 135 ff. BGB. verweist, die kein dingliches, sondern nur eine Art beschränkt absoluten Rechts bestimmen. — Schließlich ist die Annahme eines Pfandrechts nicht einmal zur Erklärung der Rechtslage geeignet. Vor allem würde jedenfalls[2]) eine offenbar erforderliche Rechtskraftwirkung gegen den Gemeinschuldner aus einer solchen Stellung der Gläubiger nicht folgen.

Eine andere Meinung sieht die Gläubiger deswegen als Partei an, weil sie in Ausübung eines besonderen oder mehrerer besonderer obligatorischer Rechte durch den Verwalter vertreten würden. Die Motive[3]) nehmen eine Gemeinschaft der Gläubiger auf Grund eines infolge der Konkurseröffnung entstehenden „Konkursanspruchs" an. Die Gläubiger träten in eine zufällige Gemeinschaft, eine communio incidens, die unabhängig vom Beitritt des einzelnen Gläubigers für alle Konkursgläubiger entstehe. Eine solche Gemeinschaft ist aus dem Gesetze nicht zu begründen. Daß „kein Gläubiger rücksichtslos gegen die andern vorgehen darf",[4]) folgt aus der Bestimmung zur Genüge, daß jeder Gläubiger das oben betrachtete beschränkt absolute Recht hat, ohne daß dabei eine Gemeinschaft entstände. „Die Befriedigung, nicht ein Befriedigungsrecht ist gemeinschaftlich."[5]) Was die Motive als Rechtsgemeinschaft ansehen, ist in Wahrheit Interessengemeinschaft.[6]) Die Motive folgern übrigens aus dem „Konkursanspruch" nicht eine Gemeinschaft, die eine Parteistellung der Gläubiger hervorrufe. Man wollte bei der Gesetzgebung die Frage[7]) ja der Wissenschaft überlassen.

Auch aus sonstigen Rechten der Gläubiger, die sie zum Konkurszwecke erhalten, ist eine Gemeinschaft, die vertreten werden könnte, nicht zu schließen: So nicht aus dem Rechte, in Gläubigerausschuß und -versammlung einen bedeutenden Einfluß auf

[1]) vgl. Hellmann S. 630.
[2]) vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 545.
[3]) S. 16.
[4]) Motive ebenda.
[5]) Schultze S. 13 ff.
[6]) vgl. S. 113 ff.
[7]) s. Mot. S. 16, 17.

das Verfahren zu üben. Es handelt sich hier um ein dem einzelnen Gläubiger zugestandenes Recht, eine möglichst den Zwecken seiner Befriedigung, dem Konkurszweck, entsprechende Kontrolle, besonders über den Verwalter zu führen. Daß hierbei nach Stimmenmehrheit[1]) entschieden werden kann, hat seinen Grund nicht im Bestehen einer Gläubigergemeinschaft, sondern erklärt sich daraus, daß die Gläubiger zu einem Ergebnis kommen müssen, eine derartige Zwangsvertretung daher zur Fortbewegung des Konkurses nötig ist. — Auch darauf kann eine Parteistellung der Gläubiger nicht gestützt werden, daß für wichtige Rechtshandlungen des Verwalters ihre Genehmigung erforderlich ist.[2]) Treffend weist Wolff[3]) darauf hin, daß auch andere Personen, so der Vormund, das Vormundschafts- und das Nachlaßgericht, zu Handlungen der ihrer Aufsicht Unterworfenen die Genehmigung zu erteilen haben, ohne daß deswegen diese Amtsträger oder Behörden die Vertretenen wären.[4]) — Das gleiche ist zu sagen von der Pflicht des Verwalters, den Gläubigern Rechenschaft abzulegen.[5]) Diese ist nur ein Ausfluß der Aufsichtsrechte der Gläubiger, die diesen zugestanden sind, weil sie als mit ihrem Vermögen beteiligt die gegebenen Aufsichtspersonen sind, ohne daß sie deswegen vertreten würden.

Auch bei Annahme einer Gemeinschaft der Gläubiger würde damit noch nicht eine Parteistellung derselben gegeben sein. Für diese gilt aber § 50 ZPO. und das von der Rechtsfähigkeit der Masse Gesagte.[6]) [7])

Was weiter die Ansicht betrifft, der Verwalter vertrete grundsätzlich die einzelnen Gläubiger, eine Annahme, wie frühere Rechte[8]) sie zeigten, so ist zu entgegnen: Mancherlei Rechte erhalten die Gläubiger mit oder nach der Konkurseröffnung zum Zwecke der Kontrolle und der Durchführung des Verfahrens. Damit ist aber der Kreis der ihnen zugewiesenen Rechte erschöpft: Gemäß § 6 KO. verliert nun der Kridar mit der Konkurseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Masse, und sie geht auf den Verwalter über. Von einem Übergange eines solchen allgemeinen Verwaltungs- und Verfügungsrechts auf die Gläu-

---

[1]) vgl. §§ 90, 94, auch 182 KO.

[2]) vgl. Schultze S. 19 ff.; KO. §§ 133, 134.

[3]) KO. S. 80.

[4]) Dasselbe gilt auch für Bestimmungen des Konkursrechts selbst; vgl. z. B. § 129 Abs. 1 KO., wo das Konkursgericht genehmigt.

[5]) vgl. Rintelen S. 129; Petersen-Kleinfeller Anm. 12 zu § 6. § 86 KO.

[6]) S. 2 ff., 324.

[7]) vgl. auch Oetker, Grundbegriffe.

[8]) vgl. preuß. KO. v. J. 1855 § 131.

biger ist nirgends die Rede. Ein solches Recht wäre aber gerade die natürliche Folge einer Rechtsstellung der Gläubiger, hinsichtlich deren sie allgemein vertreten werden könnten. Sehen wir von der eine Vertretung der Gläubiger nicht anerkennenden Vorschrift des § 6 KO. ab, so ist auch aus dem sonstigen Konkursrecht ein solches allgemeines Gläubigerrecht nicht zu konstruieren: Zunächst sind die Gläubiger gegenüber den Handlungen des Verwalters insofern machtlos und wäre daher das allgemeine Gläubigerrecht wenig wirkungsvoll, als deren Gültigkeit grundsätzlich von ihrer Zustimmung unabhängig ist. Handelt der Verwalter ihren Beschlüssen zuwider, so kann ein solcher Verstoß nur eine Haftung gemäß § 82 KO. hervorrufen.[1]) „Sie haben kein Recht, ihn zu entfernen oder ihn nach ihrem Willen zu zwingen.“[2]) Dazu kommt besonders folgendes: Zweifellos erhalten die einzelnen Gläubiger außer dem beschränkt absoluten Recht „an der Masse“[3]) manche Rechte,[4]) die sie teils einzeln, wie z. B. das Antragsrecht auf Konkurseröffnung oder das Recht des Bestreitens angemeldeter Forderungen, teils nur mit andern zusammen, teils gar nur in dem Gläubigerausschuß und in der Gläubigerversammlung geltend machen können und die ihnen einen großen Einfluß auf das Verfahren sichern. Aber es sind immer nur einzelne Rechte, und zusammengefaßt ergeben sie noch nicht ein allgemeines Verwaltungs- und Verfügungsrecht, das die Voraussetzung einer allgemeinen Gläubigervertretung sein könnte. Nur der Verwalter erhält ein solches gemäß § 6 Abs. 2 KO.

Schließlich ist — abgesehen von dieser Unbegründetheit aus dem Gesetze — eine Parteistellung der Gläubiger auch noch deswegen höchst unwahrscheinlich, weil das Konkursverfahren im wesentlichen Auseinandersetzung mit den Gläubigern ist, die meisten Rechtshandlungen und besonders Prozesse, die der Verwalter führt, gerade die Gläubiger zu Gegnern haben.[5]) Es würde sich demnach die Parteistellung so gestalten, daß die Rolle der einen Partei der oder die Gläubiger, die der anderen ebenfalls die Gläubiger, vertreten durch den Verwalter, einnehmen müßten. Wenn nun auch eine solche Stellung in beiden Parteirollen begrifflich und gesetzlich nicht völlig ausgeschlossen ist, wie unten[6]) in anderem Zusammenhang noch gezeigt werden soll, so ist sie

---

[1]) § 136 KO.; vgl. Schultze S. 20; v. Wilmowski Anm. 3d vor § 1; Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 222.
[2]) Lippmann ebenda S. 125.
[3]) S. 9ff.
[4]) s. §§ 87ff., 93 KO.
[5]) vgl. v. Sarwey-Bossert S. 66.
[6]) § 5.

mit Rücksicht auf das Wesen des Prozesses als eines Streites als seltene Ausnahme zu betrachten und gerade deswegen hier unwahrscheinlich, weil diese Ausnahme in den Konkursprozessen zur Regel werden müßte. — Dazu ist die Annahme einer Parteistellung der Gläubiger jedenfalls auch nicht geeignet, zu erklären, weshalb die wichtigsten Folgen der Parteistellung nicht ihnen, sondern dem Gemeinschuldner gegenüber eintreten, wo doch die Gläubiger nicht Subjekt der Masse werden.

Die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Gläubigervertretung ist des Zusammenhangs halber unten[1]) bei der sie verfechtenden Theorie zu erörtern.

Haben wir so eine Parteistellung der Masse oder der Gläubiger verneinen müssen, so bleibt die Betrachtung derjenigen Theorie, die den Gemeinschuldner als die vertretene Partei betrachtet, und derjenigen, die jede Vertretung ablehnt, um dem Verwalter selbst die Parteistellung zu geben. Zu einer gegenüberstellenden Behandlung gerade dieser beiden veranlaßt neben den S. 1 genannten Gründen nicht nur die Fassung des für unsere Frage so wichtigen § 6 KO., die jedenfalls eine der beiden als wahrscheinlich richtig erscheinen läßt, und der Umstand, daß sie — von einer wichtigen Ausnahme abgesehen — im praktischen Ergebnis wesentlich zusammentreffen, sondern auch der, daß zwischen ihnen als den verbreitetsten Theorien der Streit am heftigsten wogt. — Wir nennen im folgenden die erstere kurz „Vertretertheorie", obwohl auch die schon ausgeschiedenen Theorien darunter zu fassen wären, die letztere kurz „Amtstheorie".

---

[1]) §§ 5, 6.

Erster Teil.

Der Gemeinschuldner als Partei.

§ 1.

Betrachten wir zunächst die Vertretertheorie[1]) hinsichtlich ihrer Begründungen, so finden wir, daß eine Anzahl Argumente nicht stichhaltig sind und jedenfalls anderen Platz zu machen haben, soll anders die Theorie eine feste Grundlage zeigen. Die Erörterung dieser Argumente wird zugleich als wichtige Grundlage für die weitere Ausführung dienen: Diese Theorie faßt den Verwalter als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners im Rahmen des § 6 Abs. 2 KO., also hinsichtlich der Masse auf. Die Bedeutung seiner Handlungen bestimmt sich besonders nach den §§ 164 ff. BGB., und er ist gesetzlicher Vertreter, der seine Vertretungsmacht aus dem Gesetz und seiner obrigkeitlichen Bestellung herleitet, nicht aus dem Willen des Vertretenen.[2]) Die Vertretertheorie sucht natürlich die Richtigkeit des Vertretungsgedankens aus dem bürgerlichen Recht herzuleiten und knüpft an den von diesem aufgestellten Vertretungsbegriff zum Teil an.[3]) Sie geht dabei aus von folgendem Schluß: Stellvertretung ist Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen namens eines andern mit Wirkung für und gegen ihn. Nun aber hat der Verwalter im Namen des Kridars und mit Wirkung für und gegen ihn zu handeln: Also liegt Stellvertretung vor. Der Schluß als solcher ist richtig, sein Obersatz aber durch einen Hinweis auf das bürgerliche Recht nicht begründet. Der § 164 BGB., der allgemein das Wesen der Vertretung ausspricht, sagt nicht, Stellvertretung sei Abgabe oder Empfang von Willenserklärungen namens des Vertretenen und mit Wirkung ihm gegenüber; aus

---

[1]) vgl. Endemann, KO. S. 423 und in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 535; Fitting Anm. 1 zu § 17 u. S. 32; Jaeger, KO. Anm. 18 ff. zu § 6 und Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 41; Schultze S. 36 ff., 64 ff.; Staudinger Bd. 5 Anm. F zu § 2197 ff.; Wach S. 542 ff.; v. Wilmowski S. 25 ff.

[2]) vgl. auch § 5; Gaupp-Stein Bem. I zu § 53.

[3]) So Jaeger, KO. Anm. 5 zu § 6.

dem Paragraphen ergibt sich nur die Wirkung einer Willenserklärung, die jemand „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" im Namen des Vertretenen abgibt. Die Bestimmung beantwortet nicht die Frage, ob außer der Vertretung noch andere Formen der Repräsentation, vor allem eine solche mit denselben Wirkungen im übrigen, aber mit eigener Parteistellung der Repräsentanten möglich sind.[1])

Durch einen weiteren Schluß will die Vertretertheorie den Beweis führen: Sie stützt sich auf die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners, wie sie in den §§ 6, 7 KO. geregelt ist. § 7 kann bei seiner weiten Fassung nicht nur eine Auslegung des § 6 sein,[2]) wie manche wollen, nicht nur die Wirkung des Verlustes der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Kridars genauer bestimmen, sondern er bringt als selbständige Vorschrift eine Ausdehnung gegenüber dem § 6, indem er allgemein die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners umfaßt, die die Masse betreffen.[3]) Rechtshandlungen sind aber nicht nur Verwaltungs- oder Verfügungsakte, sondern alle Handlungen mit rechtlicher Wirksamkeit.[4]) Unter diese Rechtshandlungen fallen aber auch Verpflichtungen des Gemeinschuldners. Die weite Fassung des Paragraphen macht eine andere Auffassung unannehmbar. Es liegt daher fern, hier eine Unterscheidung zu machen, wie sie bei den Verfügungsverboten der §§ 135 f. BGB. angebracht ist und in der Gegenüberstellung in dem diesen Bestimmungen unmittelbar folgenden § 137 genügende Stütze findet. Das Reichsgericht führt[5]) aus, von einer Entziehung der Dispositionsbefugnis nur sei die Rede, nicht der Dispositionsfähigkeit, nur die Befugnis, über die einzelnen Gegenstände zu verfügen, werde dem Kridar entzogen. Eine solche Unterscheidung erübrigt sich hier, auch Verpflichtungen des Kridars sind den Gläubigern gegenüber nichtig. Ist insoweit der Kridar nicht verpflichtungsfähig, so fehlt ihm aber damit nicht die Prozeßfähigkeit hinsichtlich der Masse. Mit Recht können wir z. B. mit Eccius[6]) oder Seckt[7]) geltend machen, daß der Gemeinschuldner ja noch ver-

---

[1]) Erst auf dem Umwege über die Frage nach dem Parteibegriff kommen wir zur Anerkennung der Richtigkeit dieses Schlusses.

[2]) wie das RG. Bd. 29 S. 32 ff. will.

[3]) Stegemann nimmt in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 348 an, der § 6 bedeute nur einen „unpräzisen" Ausdruck. Dies gehe aus § 7 klar hervor. Weshalb sollte § 6 unpräziser sein als § 7?

[4]) vgl. Fitting S. 186; Jaeger, KO. Anm. 8 zu § 29; Mot. S. 37; Petersen-Kleinfeller Anm. 3 zu § 7; Schultze S. 33.

[5]) a. a. O.

[6]) Bd. 1 § 116 S. 797, 801 Nr. 26.

[7]) S. 78.

pflichtungsfähig bleibt, da die Verpflichtung nur relativ, nur den Gläubigern gegenüber nichtig ist, dagegen den Kridar und den Dritten bindet. Wir verkennen nun nicht, daß wirtschaftlich und rechtlich im Konkurse vor allem die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern wichtig ist. Im Konkurse sind die Handlungen für die Masse ohne weiteres unwirksam und für die Masse unbeachtlich. Die Ausnahme von dem Grundsatze der Nichtigkeit, daß die Verbindlichkeit im Verhältnis zwischen Kridar und Drittem von Bestand ist, ist während des Verfahrens praktisch unwichtig; wirtschaftlich ist für den Konkurs der Gemeinschuldner verpflichtungsunfähig, und die Bestimmung des § 7 KO. ist allerdings gleichbedeutend mit einer Vorschrift: „Die Rechtshandlungen sind für die Konkursmasse unwirksam".[1]) Um diese dreht sich freilich der Konkurs, nicht um das Vermögen des Kridars nach Aufhebung des Konkurses. Aber trotzdem ist die Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners zu verneinen. Denn es handelt sich hier nicht um eine in erster Linie wirtschaftliche Frage, sondern gemäß § 52 ZPO. um die rein rechtliche Frage, ob der Kridar wirklich die Fähigkeit zur Verpflichtung durch Verträge verliert und damit prozeßunfähig wird: Wenn jemand auch nur gewissen Personen gegenüber imstande ist, sich wirksam zu verpflichten, und wenn solche Verpflichtungen auch gerade denen gegenüber unwirksam sind, auf die es praktisch ankommt, so ist von einer rechtlichen Verpflichtungs- und Prozeßunfähigkeit nicht die Rede. Ist die Verpflichtung nur der Masse, den Gläubigern gegenüber unwirksam, so ist dieser Unwirksamkeit, die sogar ex tunc wieder gehoben werden kann, nicht die Bedeutung eines Ausschlusses der Verpflichtungsfähigkeit, des verbindlichen Zustandekommens des Rechtsgeschäfts beizumessen, vielmehr ist sie nur für die Erfüllbarkeit[2]) von Bedeutung. Dazu kommt ein weiterer Umstand, auf den Rosenthal ebenfalls[3]) treffend hinweist: In den Fällen des § 7 Abs. 2 Satz 2 KO. ist die Verpflichtung sogar den Gläubigern gegenüber voll wirksam und kann sie höchstens unter den Voraussetzungen des § 42 KO. angefochten werden. Nun wäre es durchaus eine ganz abnorme Wirkung des guten Glaubens, wenn er die Handlungen eines Prozeß- und insoweit Geschäftsunfähigen bezw. Geschäftsbeschränkten wirksam zu machen vermöchte. Nach allem ist die Annahme einer partiellen Prozeßunfähigkeit,[4]) einer solchen, die eine bestimmte Vermögens-

---

[1]) vgl. auch Oetker in Buschs Zeitschr. Bd. 25 S. 30ff.

[2]) vgl. Rosenthal S. 66ff.

[3]) a. a. O.

[4]) vgl. Jaeger, KO. Anm. 23 zu § 6 und die dort Zitierten; Oetker, Grundbegriffe S. 319; Petersen-Kleinfeller Anm. 1 vor §§ 10, 11;

masse betrifft, zu verwerfen. Eine relative Prozeßunfähigkeit würde, wie das Reichsgericht [1]) bemerkt, auch einzig dastehen. Sie wäre gekünstelt und ist keineswegs etwa das Natürliche in den Fällen, wo der eigentlich Berechtigte zugunsten gewisser Interessenten von dem gesonderten Vermögensteile desselben zurückgedrängt ist. Es ist nicht nachzuweisen, daß es sonst Fälle dieser Art gebe. So ist eine solche Stellung der Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft während ihrer Vertretung durch gerichtlich bestellte Liquidatoren [2]) nicht zu begründen.[3]) Ebenso wenig ist von einer partiellen Prozeßunfähigkeit des Angeschuldigten zu sprechen,[4]) dessen Vermögen gemäß § 334 StPO. beschlagnahmt ist, dem nicht die Verpflichtungsfähigkeit, sondern nur das Verfügungsrecht entzogen wird. Ist so eine relative Prozeßunfähigkeit zu verneinen, so ist damit eine gesetzliche Vertretung nicht ausgeschlossen, und zwar deswegen, weil nichts dagegen spricht, daß es auch gesetzliche Vertreter Prozeßfähiger gibt,[5]) dies vielmehr unzweifelhaft scheint, da § 53 ZPO. nur die Prozeßunfähigkeit des an sich Prozeßfähigen für den Prozeß, in dem er vertreten wird, fingiert und auch der Hinweis, daß § 51 ZPO. nur auf Prozeßunfähige zugeschnitten sei,[6]) nicht überzeugt, da die Vorschrift nichts Grundsätzliches für die Frage enthält. Setzen wir aber den Fall, der Kridar sei prozeßunfähig. Hier setzt nämlich die Vertretertheorie vielfach ein: Wenn der Gemeinschuldner relativ prozeßunfähig sei, so müsse er [7]) insoweit durch einen gesetzlichen Vertreter im Prozeß vertreten werden. Der Grundsatz, daß jeder Prozeßunfähige nur durch gesetzliche Vertreter im Prozeß repräsentiert werden könne, ist nirgends ausgesprochen.[8]) Wohl wäre es an sich denkbar, daß Prozeßunfähige anders als durch Vertreter, nämlich durch eine Selbstpartei repräsentiert würden. Mag man aber Prozeßfähigkeit oder partielle Prozeßunfähigkeit für vorliegend halten: eine gesetzliche Vertretung, sei es Prozeßfähiger, sei es

---

Schultze S. 45, 82, 97; Wach S. 543; v. Wilmowski S. 28, 30. And. M. z. B. Gaupp-Stein S 147; Struckmann-Koch Anm. 3 zu § 52.

[1]) ERG. Bd. 29 S. 34.

[2]) vgl. § 146 HGB. And. M. Petersen-Kleinfeller Anm. 13, 15 zu § 6.

[3]) And. M. Wach S. 546 Anm. 37; Petersen-Kleinfeller Anm. 1 vor §§ 10, 11.

[4]) vgl. § 334 Nr. 70.

[5]) vgl. §§ 1909 ff. BGB.; so auch Gaupp-Stein Bem. Ie vor § 50, I zu § 53; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 18 S. 36; Schmidt S. 284 f.; Wach S. 587.

[6]) So Stegemann in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 339.

[7]) vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 13 zu § 6; auch ERG. Bd. 29 S. 29 ff.

[8]) vgl. Oetker, Grundbegriffe S. 319 f.

Prozeßunfähiger, ist das Natürliche und Naheliegende, so daß eine Vermutung in allen Fällen für gesetzliche Vertretung spricht.

Auch aus der Konkursordnung selbst geht eine Vertretung nicht unmittelbar hervor. Wenn behauptet wird,[1] das Wort „ausgeübt" in § 6 KO. bedeute eine Vertretung, und wenn zum Beweise auf die Bestimmung des § 1665 BGB. über die Ausübung der elterlichen Gewalt hingewiesen wird, deren Inhaber doch Vertreter sei, so ist zu entgegnen, was wir bei der Auslegung des § 164 BGB. fanden; denkbar wäre immerhin eine Ausübung mit eigener Parteistellung der Repräsentanten. Dasselbe ist zu sagen von der Berufung auf die Worte „an Stelle"[2] des Gemeinschuldners. Auch deswegen ist eine Berufung auf diese Worte nicht zu empfehlen, weil sie vom Gesetze sehr vorsichtig gewählt sind. Der Wortlaut sollte ja, wie die Motive[3] bemerken, weder der einen noch der andern Ansicht eine Stütze bieten.[4]

§ 2.

War es das Gegebene, für die Vertretertheorie, anknüpfend an den Vertretungsbegriff, zunächst hauptsächlich auf die dem bürgerlichen Recht und der Materie des materiellen Konkursrechts entnommenen Argumente der Theorie zu kommen, so ist jetzt vor allem die Stellung zum Prozeßrecht zu prüfen. Unsere Frage enthält besonders die Unterfrage: Wer ist die Partei? Damit ist eine wesentliche prozeßrechtliche Frage aufgeworfen, die des Parteibegriffs in seiner Anwendbarkeit auf die streitenden Theorien. Eine Untersuchung der vorbehandelten Fragen dürfte aber deswegen nicht umgangen werden, weil zwischen den Begriffen Partei und Vertretung eine Wechselwirkung besteht, die bei Annahme einer Vertretung im Prozesse eine Parteistellung des Vertreters unmöglich macht. Dies folgt ohne weiteres aus dem Begriff der Vertretung als dem Auftreten des Vertretenen durch den Vertreter einem Dritten gegenüber. Besteht ferner eine allgemeine zivilrechtliche Vertretung, so ist die Stellung des Vertreters grundsätzlich auch im Prozeß die gleiche; der zivilrechtliche Vertretungsbegriff ist auch der prozeßrechtliche, soweit ihn das Prozeßrecht nicht für seine Zwecke abändert. Während es nun natürlich die Regel ist, daß der Repräsentierte durch den Repräsentanten auftritt, was darin zum Ausdruck kommt, daß die Wirkungen der Repräsentation nur ihm gegenüber eintreten, so könnte doch das

---

[1] So Jaeger Anm. 8 zu § 6.

[2] Jaeger a. a. O.

[3] S. 16 f.

[4] vgl. auch v. Wilmowski S 25.

Gesetz bestimmen, daß ausnahmsweise einmal der Repräsentant selbst als derjenige gelten solle, der auftritt, ohne daß den Repräsentanten, sondern vielmehr den Repräsentierten die Wirkungen der Repräsentation träfen, der insbesondere selber Partei sein solle. Ergibt sich hinsichtlich unserer Frage, daß auf Grund des materiellen Rechts ein Ergebnis nicht zu erreichen ist, so müssen wir — wollen wir anders zu einem Ergebnis kommen, berücksichtigen, daß die Frage in erster Linie eine prozeßrechtliche ist und daß der Parteibegriff seine wichtige Bedeutung für das materielle Recht hat. Diese Bedeutung hängt zusammen mit der Stellung des materiellen zum Prozeßrecht[1]): Wenn der Prozeß die Formen der Geltendmachung des materiellen Rechts, des Anspruchs (§ 253 ZPO.) bestimmt, so ändert er an dem Anspruch und den zur Geltendmachung befugten Subjekten grundsätzlich nichts. Zivil- und Prozeßrecht entsprechen sich. Damit erledigt sich auch die Einwendung Gallingers, dem es[2]) bedenklich erscheint, „ein rein zivilistisches Verhältnis prozessual zu erklären“.

Das Prozeßrecht wird nun gegenüber der Unmöglichkeit eines Beweises auf Grund des materiellen Rechts den Ausschlag geben, und zwar zugunsten der Vertretertheorie: Diese fußt auf dem Gesetze, dem Parteibegriff der Zivilprozeßordnung; die Amtstheorie muß einen neuen Parteibegriff aufsuchen und nachweisen, daß in unserm Falle vom Gesetz eine Sonderparteistellung gewollt und geschaffen ist. Untersuchen wir, ob sie diesen Beweis zu führen vermag.

Alle Folgen der in der Zivilprozeßordnung festgelegten Parteistellung rechtfertigen die Vertretertheorie; so besonders die Kostenpflicht, die grundsätzlich die unterliegende Partei trifft (§§ 91 ff.); das Recht der armen Partei auf zunächst unentgeltliche Prozeßführung; die Unterbrechung des Prozesses infolge des Todes der Partei (§§ 239 ff.); die Ausschließung des Richters und die Zulassung der Zeugnisverweigerung wegen eines Angehörigenverhältnisses zur Partei (§§ 41, 383); schließlich — und das ist die wichtigste Folge — die materielle Rechtskraft in ihrer negativen und positiven Wirkung grundsätzlich unter den Parteien. Alle diese Folgen braucht die Vertretertheorie sich nicht zu scheuen, auf ihren Parteibegriff anzuwenden, da er sich mit der Zivilprozeßordnung völlig deckt und das Eintreten dieser Folgen gegenüber dem Gemeinschuldner nur dem praktischen Bedürfnis entspricht. Sie steht auf dem festen Grunde des Gesetzes. Wie anders steht

---

[1]) Gerade im Konkursverfahren tritt diese besonders zutage; vgl. Schultze S. 1, 139.

[2]) S. 23.

hier die Amtstheorie da. Sie muß diese Folgen für ihre Parteistellung alle ausschließen.

Die Amtstheorie, wie sie vor allem vom Reichsgericht[1]) verfochten wird, will die Notwendigkeit einer Vertretung nicht anerkennen.[2]) Sie bestreitet nicht eine Wirkung der Handlungen des Verwalters für und gegen den Gemeinschuldner, auch nicht im Prozeß. Eine solche Wirkung ist ja auch Folge der Repräsentation.[3]) Der Verwalter sei aber ein Organ, geschaffen im öffentlichen Interesse für die Durchführung des Zwecks des Konkurses, der seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt.[4]) Diese Definition kann von der Vertretertheorie unumwunden als richtig zugegeben werden, ohne daß sie dabei ihren Standpunkt verlassen müßte.[5]) Nicht aber der von der Amtstheorie hierauf weiter gegründete Schluß, daß er deswegen nicht Vertreter, sondern Selbstpartei sein müsse. Die Stellung zum Parteibegriff der Zivilprozeßordnung ist die denkbar schlechteste, da die Amtstheorie alle jene Folgen, die dem Parteibegriff erst sein Wesen geben, nicht gelten lassen kann und will, soll anders die Parteistellung des Verwalters praktisch brauchbar sein. Ein völlig unbefriedigendes Ergebnis wäre es, wenn man auch nur eine jener Folgen gegen den Verwalter eintreten lassen wollte, und zwar weil der Verwalter im Prozesse in keiner Weise mit seinem eigenen Interesse beteiligt ist, während das Gesetz bei Aufstellung dieser Folgen immer ein eigenes (behauptetes) Interesse der Partei voraussetzt.

Partei ist,[6]) „wer im eigenen Namen und im eigenen Interesse selbst oder durch Vermittlung anderer ihn vertretender Personen einen Prozeß führt“;[7]) oder: Partei sind „die angeblichen Interessenten des Urteils- oder Vollstreckungsschutzes, derjenige, von welchem, und derjenige, gegen den der Rechtsschutz des eigenen Interesses im Prozesse verlangt wird“.[8]) Manche[9]) glauben dem-

---

[1]) Besonders in der grundlegenden Entscheidung Bd. 29 S. 29 ff.

[2]) vgl. Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 253; Oetker, Grundbegriffe Bd. 1 S. 314 ff; Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.; Gaupp-Stein Bem. I, 2c vor § 50; v. Sarwey-Bossert S. 65 ff.; Struckmann-Koch Bem. 3 zu § 52; Seckt S. 27 f.; Schott S. 60 ff.

[3]) „Ohne eine solche Wirkung ist nicht auszukommen“; ERG. Bd. 29 S. 30; Lippmann S. 222.

[4]) So das RG. a. a. O.

[5]) Wie noch unten näher zu zeigen ist.

[6]) vgl. Wach S. 519 ff.; Kleinfeller S. 120 ff.; Jaeger, KO. Anm. 18 ff. § 6; Schultze S. 36 ff., 64 ff.; v. Wilmowski S. 25 ff. And. M. die oben genannten Anhänger der Amtstheorie.

[7]) Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 18 S. 1 ff.; vgl. auch Rosenthal S. 18 f.

[8]) Schmidt S. 323 ff.

[9]) vgl. Anm. 3.

gegenüber von dem Erfordernis der Geltendmachung eigenen Interesses, der Geltendmachung eigener Rechtsverhältnisse absehen zu müssen. Aber wir müssen mit Schmidt[1]) sagen: Nie ist nach unserm Rechte Partei, sondern Stellvertreter der Partei eine Person, die klagen oder verklagt werden kann, aber unter Umständen, unter denen die rechtlichen Vorteile oder Nachteile des Prozesses nicht sie in ihren individuellen Beziehungen treffen, sondern eine andere Person und nicht nur da, wo die Person ausdrücklich auf den Namen eines andern klagt oder verklagt wird, sondern auch da, wo der Prozeß anscheinend auf ihren Namen eingeleitet wird, aber ihre Person nur in den besonderen Eigenschaften in Mitleidenschaft gezogen wird. Unsere Ansicht erkennt also keine Parteien an, die zwar Parteien sind, auf die aber die wichtigsten, die wesentlichen Folgen und Merkmale des Parteibegriffs nicht Anwendung finden. Die allgemeine Begründung der Gegner ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil sie sich tatsächlich über die gesetzlichen Merkmale des Parteibegriffs hinwegsetzt: So liegt es, wenn Gaupp-Stein[2]) behauptet, jene Vorschriften über die Parteien seien „offensichtlich und offenkundig nur auf den Normalfall des Zusammentreffens von Subjekt des Rechtsverhältnisses und Partei zugeschnitten und daher vielfach zu modifizieren"; oder wenn Schott[3]) meint, daß sie „selbstverständlich" nur auf diesen Normalfall anzuwenden seien. Soweit dagegen sich die Amtstheorie auf scheinbar vorhandene Argumente an einzelnen Stellen des Gesetzes stützt, soll deren Haltbarkeit bald näher geprüft werden. Daß die Zivilprozeßordnung zwei Arten von Parteien hätte, eine, auf die die Vorschriften über die Partei voll Anwendung fänden, eine, auf die nur ein geringer und im Vergleich zu den ausgeschlossenen unbedeutender Teil jener Vorschriften anzuwenden sei, das ist von der Amtstheorie nachzuweisen und ist unnachweisbar. Die Zivilprozeßordnung kennt nur einen Parteibegriff, und das ist derselbe, den sie bei Aufstellung der Eigenschaften der Parteien und den Folgen der Parteistellung zugrunde legt. Dieser soll festgestellt werden „und es muß sich der Parteibegriff den Rechtssätzen anpassen und es gilt zweifellos nicht das Umgekehrte, einen Parteibegriff aufzustellen und dann die Bestimmung der Zivilprozeßordnung hineinzuzwängen oder da, wo er nicht paßt, auszuschließen".[4]) Man wird übrigens auch nicht im Ernste von einer Prozeßordnung die Aufstellung einer Definition der Partei er-

[1]) a. a O.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O.
[4]) Rosenthal S. 18 ff.

warten, sondern nur eine solche der Voraussetzungen und Folgen der Parteistellung. Mit diesen gibt die Prozeßordnung dann aber mittelbar die Definition des Parteibegriffs und es dürfen deshalb nicht Merkmale desselben, geschweige denn die wichtigsten Merkmale am passenden Orte eskamotiert werden. Da die Zivilprozeßordnung aber das Erfordernis der Geltendmachung eigenen Interesses mit den von diesem Interesse ausgehenden Folgen unverkennbar ausspricht, so sind Parteien nur die Subjekte der res (Anspruch) in iudicium deducta, nicht,[1]) wer für das Subjekt nur in iudicium deduziert; die richtige Partei muß ein eigenes rechtlich geschütztes Interesse, eine Beziehung zum Streitgegenstand behaupten, die vom Gesetze als schutzwürdig besonders anerkannt ist. Ob dieses Interesse vorliegt, ist Frage des einzelnen Falls. Nicht nur ein Anspruch im Sinne des § 194 BGB., sondern jeder „Anspruch" im Sinne des § 322 ZPO. kommt in Frage. In manchen Fällen hat man zu unterscheiden zwischen dem rechtlich geschützten Interesse der Partei selbst und dem Rechtsverhältnis, auf das dieses Interesse sich gründet; stehen zwei behauptete Rechtsverhältnisse im Prozeß in Frage, dasjenige, das wir als legitimierendes Interesse, die Sachlegitimation bezeichnen,[2]) und das Rechtsverhältnis, das grundsätzlich außerhalb des Prozesses steht, zu dem aber der richtige Kläger oder Beklagte in jenem ersten Rechtsverhältnis stehen muß, das das Gesetz rechtlich schützt. Das legitimierende Interesse aber ist dasjenige, das die Parteistellung, die wesentlich formale Stellung der Partei, begründet. In verschiedener Weise kann dabei das in den Prozeß hineingezogene fremde Rechtsverhältnis Gegenstand des Prozesses werden, ohne daß das Subjekt desselben Partei würde.

Es kann sich zunächst um ein bloßes Zugrundelegen des fremden Rechts für das eigene, eine bloße rechtliche Beziehung zum fremden Recht handeln. Dann wird dieses Gegenstand der Verhandlung, ohne daß es „geltend gemacht" wird. Eine Einwirkung auf das fremde Recht im Prozesse steht hierbei nicht in Frage. Nun gibt es aber auch Fälle, in denen wirklich fremde Rechte im Prozeß im eigenen Namen der Partei geltend gemacht werden, und bei diesen Fällen ist weiter zu unterscheiden, ob dabei über das fremde Recht auch „gewaltet" wird oder nicht. Als Beispiel diene die Rechtsstellung des Ehemannes, der gemäß § 1380 BGB. im eigenen Namen die zum eingebrachten Gute gehörenden Rechte „geltend macht" [3]): Im eigenen Namen, also als Partei macht er diese Rechte geltend. Dasjenige, was den Ehe-

[1]) vgl. dagegen Oetker, Grundbegriffe S. 317.
[2]) vgl. unten § 5.
[3]) Weitere Beispiele s. bei Gaupp-Stein a. a. O.

mann zur richtigen, zur berechtigten Partei macht, was ihn zur Sache legitimiert, ist sein eigenes rechtlich geschütztes Interesse. Das ihm hier gewährte Recht, die Rechte der Frau geltend zu machen, ist sein eigenes, ist Ausfluß seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts. Seine Sachlegitimation, seine Parteistellung gründet sich darauf, daß er als Ehemann gemäß § 1380 die Rechte der Frau geltend machen „kann". Hängt doch vom Ausgang des Prozesses der Umfang seines Rechtes ab; daß das Urteil „auch" gegen die Frau wirken kann, zeigt deutlich, daß es grundsätzlich gegen den Mann wirkt, und da das Gesetz mit der Rechtskraft das Interesse der Parteien treffen will, so kann nur das eigene, eben bezeichnete Interesse seiner Parteistellung die Grundlage geben. Aber er macht fremde Rechte geltend, nicht nur sein eigenes Recht.[1]) Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des Paragraphen. Wie Rosenthal bemerkt, würde es eigentümlich und überflüssig sein, besonders zu bestimmen, daß jemand sein Recht geltend machen kann. Die Klagbarkeit folgt aus dem Anspruch. Dann tritt dies auch klar zutage, wenn es sich um das Vorbringen von Einwendungen dreht. Diese sind, soweit sie das Recht des eingebrachten Gutes, nicht nur das eigene Recht des Ehemannes (aus § 1380) treffen, aus der Person der Ehefrau, nicht aus der Person des Klägers zu entnehmen, so z. B. die Einwendung der Rechtskraft, wenn die Ehefrau zulässigerweise prozessiert hat und unterlegen ist, wo der Mann nicht nochmals unter Berufung auf sein Recht jenes Recht wirksam geltend machen kann.[2]) — Hierdurch wird aber noch keine besondere Parteistellung des Ehemanns begründet. Denn inwieweit jemand auf Grund seines Interesses fremde Rechte geltend machen kann, ist eine Frage, die rein materiellrechtlich ist und die Parteistellung nicht beeinflußt, was sich darin zeigt, daß die Vorschriften über die Partei wegen des eigenen Interesses der Partei in vollem Umfang anzuwenden sind, wie wir an unserm Beispiel sahen. Ebensowenig kann es auf die Parteistellung von Einfluß sein, inwieweit die Partei nebenbei nach materiellem Recht befugt ist, über fremdes Recht zu walten, d. h. ob sie das fremde Recht in seinem Kern, seiner Beziehung zum Berechtigten treffen kann durch ihre prozessualen Handlungen, ob m. a. W. die Person des Berechtigten, des Dritten durch eine Rechtskraftwirkung durch sie getroffen wird.[3])

---

[1]) And. M. Wach § 48 S. 555; vgl. dagegen Gaupp-Stein Bem. I a vor § 50; Seuffert Bem. 3 c vor § 50; Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 220 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 155 ff.; Rosenthal S. 29.

[2]) vgl. Bunsen a. a. O.

[3]) Auch in dem Falle des § 2341 BGB. ist es immerhin das eigene Interesse des Berechtigten, das seine Parteistellung begründet; vgl. dazu Endemann, Bürgerl. R. Bd. 3 § 82 Nr. 3 a.

Die Fälle, in denen in der Weise wie in unserm Beispiel über fremde Rechte gewaltet werden kann, unterscheiden sich von der angeblichen Parteistellung des Konkursverwalters sehr wesentlich dadurch, daß hier nur von einer Nebenwirkung und einer Ausnahmewirkung die Rede sein kann, während das Walten über fremde Rechte bei der eigenen Parteistellung des Verwalters Hauptwirkung und Grundsatz ist, und zwar ohne daß die Partei selbst betroffen würde. Schon unser Beispiel zeigt, daß ein solches Walten über fremdes Recht Ausnahme ist und nur Nebenwirkung bedeutet; denn nur im Rahmen der Verfügungsbefugnis ohne Zustimmung der Frau wirkt das Urteil „auch" gegen die Frau. Freilich ist nicht zu leugnen, daß wir auf eine Anzahl Fälle stoßen, in denen grundsätzlich eine Wirkung gegenüber dem Subjekt des geltend gemachten Anspruchs eintritt. So in den Fällen der §§ 265, 632 ZPO.; 1445, 1450, 2341 BGB. u. a. m. Hier wirkt das Urteil grundsätzlich auch gegen den dritten Interessenten, aber doch nur kraft einer Nebenwirkung. Die Rechtskraft wirkt aus besonderen Gründen, teils der Zweckmäßigkeit wegen, teils wegen der Natur des geltend gemachten Anspruchs über die Parteien hinaus. Nach allem ist nicht zweifelhaft, daß im Prozeß ein Geltendmachen fremder Rechte sowohl wie ein Walten über sie durch die Partei nicht ausgeschlossen ist. Da aber die Frage, inwieweit dies im einzelnen Fall zulässig ist, eine rein materiellrechtliche ist — mögen sich auch teilweise einschlägige Bestimmungen (als materielles Prozeßrecht) im Prozeßrechte finden —, so kann sie auf die Parteistellung keinen Einfluß haben. Der Konkursverwalter könnte demnach sehr wohl fremde Rechte geltend machen und über sie walten, wie er es in der Tat auch tut. Eine Parteistellung des Verwalters würde hieran nicht scheitern, sowenig wie andererseits durch diese Umstände etwas für eine solche bewiesen wird, da auch ein gesetzlicher Vertreter kraft seiner Vertretungs- und Prozeßführungsmacht imstande ist, im Prozesse das Recht des Vertretenen geltend zu machen und darüber zu walten. Was die Amtstheorie unmöglich macht, ist der Umstand, daß der Verwalter zwar über fremde Rechte walten soll, aber ohne durch ein eigenes Interesse die Grundlage für die Parteistellung zu schaffen. Und es soll sich nicht nur handeln um eine Ausdehnung der Rechtskraft, sondern um ein Eintreten dieser und dazu aller andern Wirkungen der Parteistellung nur gegenüber dem durch die Partei Repräsentierten. Deshalb fehlt u. E. auch der genügende Grund, die Stellung der Parteien in den eben genannten Fällen mit der des Konkursverwalters unter dem Ausdruck Prozeßstandschafter zusammenzufassen. Es sind nicht nur nicht genügend gleiche Merkmale vorhanden, sondern es bestehen nach dem Gesagten so

gewaltige Verschiedenheiten, daß die Zusammenfassung nicht gerechtfertigt ist.

Nur um die Frage, ob es heute Parteien ohne selbstisches Interesse gibt, dürfte sich der Streit drehen, der den Parteibegriff heute betrifft.[1] Um überzeugend zu zeigen, daß diese Frage zu verneinen ist, dürfen wir an dieser Stelle nicht vorübergehen an den einzelnen von der Amtstheorie als Sonderparteien und Analogien für die Parteistellung des Konkursverwalters in Anspruch genommenen Rechtsinstituten; einerseits um aus der Behandlung dieser Fälle für unsere Frage unsere Nutzanwendung zu ziehen, dann auch aus der Erwägung heraus, daß der Amtstheorie eine wichtige, ja wohl die wichtigste Stütze entzogen wäre, wenn sich herausstellen sollte, daß nichts uns zwingt, diese Fälle als Analogien der Amtstheorie anzuerkennen. Hierbei wird freilich auch die materiellrechtliche Seite mehr oder weniger zu beleuchten sein, soweit dies zur Klarstellung erforderlich ist.

§ 3.

Die Amtstheorie pflegt[2] die Personen, die eine Parteistellung innehaben, in mehrere Klassen einzuteilen. Sie unterscheidet von den Parteien der Regelart, d. h. denjenigen, die die Beurteilung eigener Rechtsverhältnisse fordern und auf die die Folgen der Parteistellung voll Anwendung finden, solche, die nur im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung im Prozesse auftreten, und unter diesen wieder solche Parteien, die diese eigene Stellung auf Grund einer Parteivereinbarung, und solche, die sie kraft eines Amtes haben. Ob und wie weit diese Einteilung berechtigt ist, wird sich bald herausstellen:

Zu der ersten Klasse der Sonderparteien rechnet sie[3] zunächst den Inkassogiratar gemäß § 17 WO. Dieser Fall muß ausscheiden: Es ist gerade das Wesen des Prokuraindossaments, daß der Indossatar wie im allgemeinen, so auch im Prozeß nur als Bevollmächtigter des Prokuraindossanten auftritt, daß ein Erwerb eines eigenen Rechtes des Indossatars nicht stattfindet; und gerade deswegen ist diese Art des Indossaments so unbeliebt, weil in der Ausstellung eines solchen durchweg ein gewisses Mißtrauen enthalten ist, daß nämlich der Erwerber vielleicht mit einem fiduziarischen Vollindossament oder Blankoindossament vertragswidrig verfahren könne. Dazu kommt, daß das Gesetz im Art. 17 die Bezeichnung als Prokuraindossament oder eine gleichbedeutende

---

[1]) So auch Schott a. a. O.
[2]) Mit Gaupp-Stein Bem. vor § 50.
[3]) vgl. Gaupp-Stein a. a. O.

Angabe eines Bevollmächtigungsverhältnisses ausdrücklich fordert [1]) (als Voraussetzung der Gültigkeit), daher auch fordert, daß, da Vertretung und Parteistellung sich ausschließen, der Vertretene im Rubrum der Klage als Partei bezeichnet werde. Das Recht der Partei allein wird geltend gemacht und aus seinem Rechte sind die Einreden zu entnehmen. Es liegt also nur eine Vertretung vor. [2])

Ganz anders liegt es im Falle des im Verkehr bevorzugten fiduziarischen Indossaments oder „versteckten Prokuraindossaments". Auch hier muß eine Analogie der Amtstheorie [3]) verneint werden: Dem Erwerber des Wechsels wird volles Vertrauen geschenkt und das Recht selbst wird ihm zu eigenem übertragen; als eigenes Recht macht er es im Prozesse geltend, freilich nach der Vereinbarung im Innenverhältnis „für fremde Rechnung", aber nicht mit der Wirkung, daß diese Vereinbarung im Prozeß auf die Parteistellung einen Einfluß zu üben vermöchte. Es ist die Natur der fiduziarischen Übertragung, daß der Erwerber Dritten gegenüber, also auch im Prozeß dem Gegner gegenüber das volle Recht erhält, dessen Übertragung über den wirtschaftlich verfolgten Zweck hinausgeht, das der Erwerber aber als Berechtigter geltend macht. Dieses „fiduziarische Eigentum" ist nun nicht eine besondere Art des Eigentums. Das Wort bedeutet nur eine Abkürzung. Das fiduziarische Eigentum ist das seinem Inhalte nach unbeschränkte Recht nicht weniger als ein sonstiges Eigentum, nicht etwa ein grundsätzlich beschränktes dingliches Recht. Deshalb ist es verfehlt, hier ein Recht konstruieren zu wollen, das in manchen Beziehungen die Wirkungen des Eigentums aufweist, besonders für denjenigen, der es geltend macht, eine eigene Parteistellung begründet, das dann andererseits aber doch wieder in anderer Hinsicht nicht als Recht des Erwerbers gelten soll. Eine solche Mittelform, ein Mittelrecht, wie es Staub [4]) konstruiert, ist nicht nur gekünstelt, sondern widerspricht auch dem Parteiwillen und scheitert vor allem an den Vorschriften der Wechselordnung selbst. Er faßt die Rechtsstellung des Inkassogiratars dahin auf, daß die Partei das Wechselrecht zwar im eigenen Namen geltend machen soll, aber nicht als eigenes Wechselrecht, sondern als das des Indossanten; der Wechsel gelange gar nicht in das Eigentum des Erwerbers. Und von diesem Standpunkt aus läßt er alle Einwendungen aus der Person des Indossanten zu. Zunächst

---

[1]) vgl. auch Hellwig, Rechtskraft S. 39 Anm. 17.

[2]) vgl ERG. Bd. 27 S. 130; Staub, WO. § 1 zu Art. 17; Bernstein S. 109 ff.; Dernburg Bd. 2 § 264, 2; Rehbein Bem. 1 ff. zu § 17.

[3]) vgl. Gaupp-Stein Bem. Ib vor § 50; dagegen Rehbein Bem. 29 bis 31 zu Art. 17; Dernburg Bd. 2 § 264.

[4]) §§ 7 ff. zu Art. 17.

wollen die Parteien ein solches Recht und eine besondere Parteistellung des Erwerbers gar nicht; auch sie fassen das Indossament als „verstecktes“ oder „verdecktes“, als fiduziarisches auf, d. h. der Erwerber, dem volles Vertrauen geschenkt wird, soll das Recht als eigenes geltend machen, als ihm übertragenes Recht. Der Verkehr hat nicht, wie Staub meint, eine solche Mittelform des Indossaments zugelassen; ein Gewohnheitsrecht konnte sich nicht bilden, da, wie noch zu zeigen ist, auf anderem Wege das von Staub gewollte Ergebnis schon durch das Gesetz selbst geschaffen war. Die Annahme Staubs widerspricht in jeder Hinsicht dem Gesetz. Sie läßt sich gut mit den eigenen Worten Staubs widerlegen, die er [1]) über die grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Indossaments ausspricht, das er nur auf Grund eines vermeintlichen Gewohnheitsrechts gelten lassen will. Ein solches Indossament muß unbedingt zur Abweisung der Klage führen; denn sie ist unbegründet. Nach der Wechselordnung [2]) ist außer dem schon behandelten Prokuraindossament die einzige Form der gültigen Übertragung die durch gewöhnliches Voll- oder Blankoindossament. Nur dieses berechtigt den Inhaber des Wechsels zur Klage im eigenen Namen, macht ihn zur Sache legitimiert. Eine wirkliche Übertragung des Rechtes wird vom Gesetze ausdrücklich in den Art. 9, 10, 36 verlangt. Es genügt dabei nicht eine nur äußerliche Übertragung durch die Form des Indossaments. Diese begründet nur die widerlegbare Vermutung, daß der förmliche Indossatar der wahre Berechtigte ist. Auch der erforderliche Wille der Parteien muß vorhanden sein zur Gültigkeit des Indossaments, und nicht nur hinsichtlich besonderer Willensmängel, sondern vor allem hinsichtlich der Eigentumsübertragung selbst. Ist der Inhaber des Wechsels nicht wirklicher Indossatar kraft des Parteiwillens, haben die Parteien eine solche Mittelform des Indossaments vereinbart, so ist die Klage abzuweisen. Dies hängt nun nicht etwa zusammen mit einer besonderen Strenge des Wechselrechts; es liegt hier nicht anders als bei einer sonstigen dinglichen Rechtsübertragung: es gehört als Sachlegitimation zum Klagegrund, daß das Recht nicht nur überhaupt bestehe, sondern auch, daß es dem Kläger zustehe.[3]) Wer aus einer Forderung klagen will, muß nachweisen, daß sie ihm zusteht. Die Annahme Staubs verstößt vor allem auch gegen den Satz vom numerus clausus der dinglichen Rechte. Die Angriffe, die gegen diesen Grundsatz geführt werden, wie z. B. auch von Fischbach,[4]) sind nicht stich-

[1]) a. a. O.
[2]) Art. 17, 9, 10.
[3]) vgl. Näheres bei Rosenthal S. 43 ff.
[4]) S. 86 ff.

haltig. Ein Hinweis darauf, daß das Nutznießungsrecht des Ehemanns oder Vaters und die Vormerkung den genannten Grundsatz durchbrächen, überzeugt nicht; denn dies sind besondere gesetzlich geschaffene Rechte, mag man sie als dingliche auffassen oder nicht; ersterenfalls gehören sie dann eben zum numerus clausus, und die Vormerkung ist ein besonderes Institut, aber selbst wenn man es für dinglich hält, ist es doch erst vom Gesetze ausdrücklich als Sonderform geschaffen. Hier dagegen haben wir es mit einer reinen Parteivereinbarung zu tun, die sich nicht über den genannten Grundsatz hinwegzusetzen vermag. Ebensowenig wie Staub scheut sich Stranz[1]) in Anlehnung an jenen anzunehmen, daß der Indossatar, ohne daß ein die Übertragung wirklich herbeiführender Begebungsvertrag vorliege, nach außen als Eigentümer auftrete, materiell aber bleibe der Indossant Eigentümer. Dies sei eine Art des „gespaltenen Eigentums".[2]) Wenn das Gesetz nun aber eine Anzahl dingliche Rechte schafft, so will es, daß diese zugelassen sein sollen, aber nur, daß im Interesse des Verkehrs das ganze Recht im Verkehre verwendbar sein soll, nicht aber ein Spaltteil eines solchen Rechts. Diese Mittelform ist in Wahrheit kein fiduziarisches, kein verstecktes Indossament, sondern ein Prokuraindossament, dem ganz willkürlich eine Anzahl Eigenschaften des eigentlichen Indossaments zugelegt sind, so besonders die eigene Parteistellung des Indossatars, damit es den Verkehrsbedürfnissen entspreche.

Welche Bedeutung hätte nun die Zulassung einer solchen Mittelform? Zwar würde der Erwerber in gewisser Weise fremdes Recht geltend machen; denn zur Hauptsache soll ja das Recht dem Indossanten bleiben. Aber der Indossatar soll doch einen Spaltteil erhalten. Wäre wirklich gar nichts von dem Rechte übertragen, so könnte man vielleicht von einem Scheingeschäft reden,[3]) und die Parteien müßten sich sagen, daß dann der Klage der Grund, dem Kläger die Sachlegitimation, die Beziehung zum Streitgegenstande fehlte. Aber der Spaltteil, der auf den Erwerber übertragen werden soll, genügt ja nach jener Ansicht sogar zur Geltendmachung im eigenen Namen, als Partei. Und damit wäre es auch hier dieser Spaltteil und zugleich das eigene Interesse der Partei, das die Parteistellung begründete, während im Prozesse freilich fremdes Recht geltend gemacht würde, ein Umstand, der, wie wir sahen, eine besondere Parteistellung zu begründen nicht geeignet ist, da er rein materielle Fragen betrifft. Daß auch hier

---

[1]) Anm. 6 ff. zu Art. 17.
[2]) Anm. 8 das.
[3]) vgl. Bernstein S. 104 ff.

die Partei eigenes Interesse geltend macht, erkennen auch jene an, wenn sie die Folgen der Parteistellung, Rechtshängigkeit, Rechtskraft, Kostenpflicht usw., der Partei gegenüber einstimmig eintreten lassen.

Bei der allein haltbaren Annahme eines Rechtserwerbs des Indossatars zu vollem Eigentum wird ebenfalls in gewisser Weise, im wirtschaftlichen Sinne nämlich, von der Geltendmachung fremden Rechts die Rede sein können, und damit kommen wir zur Frage nach der Zulässigkeit von Einwendungen aus dem Rechte des Indossanten. Solche können u. E. in weitem Maße geltend gemacht werden, aber ohne daß dies auf die Stellung des Indossatars als Partei Einfluß hätte. Das Reichsgericht[1]) läßt solche Einreden zu, wenn der Indossatar auch nur im Prozesse erfährt, daß das ihm übertragene Recht mit ihnen behaftet ist, und zwar vom Gesichtspunkte der Arglist aus. In engerer Anlehnung an den § 826 BGB. will demgegenüber Dernburg[2]) die Einrede der Arglist nur dann zulassen, wenn er sich bewußtermaßen zum Werkzeug der Durchführung eines materiell unberechtigten Anspruchs macht. Der Gesichtspunkt der Arglist in jeder Form versagt, wie Staub[3]) hervorhebt, wenn der (vielleicht wenig einsichtige) Giratar die ihm entgegengesetzte Einwendung aus voller Überzeugung für unwahr hält. Das Richtige trifft u. E. Rehbein[4]):

Der Ausdruck „Einrede der Arglist" ist ein bloßer Sammelname, eine Übersetzung der römischrechtlichen exceptio doli generalis. Subjektive Widerrechtlichkeit wird nicht gefordert. Das Wesen der „Arglisteinrede" liegt in der Hervorkehrung des materiellen Rechts gegenüber der formalen Wechsellegitimation. Sie greift überall da durch, wo die Geltendmachung des Wechselrechts derartig gegen die Rechtsordnung verstößt, daß ihr der Rechtsschutz versagt werden muß. Für diese Annahme spricht besonders auch der Wortlaut des Art. 82, der davon absieht, die zulässigen Einwendungen kasuistisch aufzuzählen, sondern nur allgemein die Grenze zieht. Da wir aber die Zulässigkeit der Einwendungen nach materiellem Recht zu beurteilen haben, dieses aber als Recht des Verkehrs den Grundsatz von Treu und Glauben an vielen Stellen hervorhebt, so muß auch die Einwendung des offenbaren Verstoßes gegen Treu und Glauben (im objektiven Sinne) unter die zulässigen Einwendungen fallen. Gehen wir so auf Grund des Gesetzes so weit in der Zulassung der Einwendungen aus der Person des Indossanten, so kann das doch keine besondere Partei-

---

[1]) vgl. bes. ERG. Bd. 41 S. 114; über die Stellung des ROHG. s. Staub a. a. O.

[2]) Bd. 2 § 264.

[3]) a. a. O.

[4]) Anm. 31 zu Art. 17.

stellung begründen, da die Frage, inwieweit sich die Partei aus der Person eines Dritten [1]) Einwendungen gefallen lassen muß, auf die Parteistellung ebensowenig einen Einfluß üben kann wie eine Zulässigkeit des Waltens über fremde Rechte durch die Partei, weil diese Fragen rein materieller Natur sind.

Durch Zulassung dieser Einwendungen wird nun wirtschaftlich in gewisser Weise eine Parteistellung „für fremde Rechnung“ anerkannt. Aber nicht rechtlich: denn rechtlich ist dem Indossatar mehr übertragen worden, als wirtschaftlich nötig gewesen wäre; der Umstand, daß rechtlich nicht ein Prokuraindossament gewählt worden ist, erklärt auch die selbständige, gewöhnliche Parteistellung des Indossatars. Dasjenige, was wirtschaftlich eine Geltendmachung fremder Rechte als vorliegend erscheinen läßt, ist die Bedeutung des Innenverhältnisses zwischen Indossanten und Giratar. Eine Parteistellung „für fremde Rechnung“ ist anzuerkennen; denn sie ist keine besondere. Man hat unter der „fremden Rechnung“ nichts anderes zu verstehen als Abrechnung mit einem Fremden, einem Dritten. Diese Abrechnung kann nicht für die Parteistellung in Betracht kommen, da sie nur das Innenverhältnis der Vertragsgegner betrifft. Es liegt kein Grund vor, die Rückübertragungspflicht im Innenverhältnis in unserm Falle anders zu behandeln als die Weiterübertragungspflicht in ähnlich liegenden Fällen.[2]) So hat z. B. eine Pflicht, die erworbenen Rechte weiterzuübertragen, der Einkaufskommissionär, der zweifellos deswegen keine Sonderparteistellung hat. So zeigt sich schon hier, daß in der ersten Klasse der Sonderparteien völlig verschiedene Parteiarten zusammengeworfen sind, solche, die im eigenen Interesse, aber für fremde Rechnung (mit fremder Abrechnung) prozessieren und denen deshalb eine ungewöhnliche Parteistellung nicht zukommt, und solche, die kein eigenes Interesse geltend machen und denen gegenüber deshalb auch die Folgen der Parteistellung nicht eintreten sollen, die also nicht „für fremde Rechnung“ handeln.

Weiter wird [3]) die Stellung des Versicherungsnehmers für fremde Rechnung, der die Rechte des Versicherten geltend macht, als Analogie der ersten Klasse angeführt. Aus dem eigentümlich gearteten Versicherungsvertrage [4]) für fremde Rechnung entsteht einerseits ein Kreis von Rechten und besonders Pflichten für den

---

[1]) In Wahrheit sind es auch hier der Partei nach dem Gesetze gerade dem Gegner gegenüber zustehende Einwendungen; eine exceptio ex iure tertii ist und bleibt ein Unding.

[2]) And. M. Staub a. a. O.

[3]) vgl. Gaupp-Stein Bem. 2b vor § 50; dagegen Brodmann Bem. zu § 886 HGB.

[4]) vgl. §§ 781, 783 HGB. und §§ 74 ff. RVG. v. 30. 5. 1908.

Nehmer, so besonders die Zahlungspflicht. Andererseits erhält aus dem Vertrage der „Fremde", der Dritte die wichtigsten Rechte, so vor allem das Recht auf Auszahlung der Versicherungssumme und das Recht, die Befugnis, die Befugnisse aus dem Vertrage selbst auf andere zu übertragen. Soweit der Versicherte in der Geltendmachung dieser seiner Rechte repräsentiert wird, ist er materiell Berechtigter und zur Sache legitimiert und als solcher die vertretene Partei im Prozeß. Daß er der eigentlich Berechtigte ist, folgt ohne weiteres daraus, daß der Nehmer zu Verfügungen über diese hauptsächlichsten Rechte der „Zustimmung"[1]) des Versicherten bedarf, daß also die Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten zu Handlungen des Nichtberechtigten (BGB. §§ 182, 185) erforderlich ist. Der Nehmer erwirbt die Rechte nicht etwa selbst, vielleicht fiduziarisch.[2]) Der Nehmer macht kein eigenes Interesse geltend; der Versicherte ist Partei und der Nehmer sein Vertreter. Das zeigt deutlich § 886 HGB. Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß zur Geltendmachung der Rechte des Versicherten durch den Nehmer eine „Vollmacht"[3]) nicht erforderlich sei, worin offenbar nur liegen kann, daß eine Nachweisung der rechtsgeschäftlich bestellten Vertretungsmacht (§ 167 Abs. 2 BGB.) an sich nötig wäre; die Bestimmung würde sonst widersinnig sein. Da aber eine Vertretung das Auftreten als Selbstpartei in der Person des Repräsentanten ausschließt, so bleibt für die Amtstheorie kein Raum.

Wir sahen also, daß hier zwar ein Vertrag, eine Versicherung „für fremde Rechnung" vorliegt, aus dem aber eigene Rechte des „Fremden" entstehen, daß bei deren Geltendmachung jedoch eine Parteistellung des Repräsentanten „für fremde Rechnung" nicht in Frage kommt.

Dann wird[4]) die Rechtsstellung des Empfängers des Frachtgutes angeführt, der die Rechte aus § 435 HGB. geltend macht. Der Empfänger macht nach dieser Vorschrift die sich aus dem Vertrage ergebenden Verpflichtungen „im eigenen Namen" geltend. Der Frachtvertrag ist aufzufassen als ein Vertrag zugunsten eines Dritten,[5]) des Empfängers. Aus dem Vertrage erwachsen dem Dritten, wie es keine Seltenheit[6]) ist, nach dem Gesetze gewisse Rechte, so besonders das Recht auf Auslieferung der Waren.

---

[1]) vgl. §§ 886 Abs. 2 HGB.; § 76 RVG.

[2]) Das sagt auch § 75 Abs. 2 RVG. wörtlich.

[3]) § 886 HGB.

[4]) vgl. Gaupp-Stein Bem. 2b vor § 50; dagegen Staub Bd. 2 Bem. zu § 435 HGB.

[5]) vgl. Staub a. a. O.

[6]) vgl. z. B. § 330 BGB.

Dies sind aber seine Rechte, und diese, sein Interesse, macht er im Prozeß geltend. Der Empfänger macht in keiner Weise die Rechte des Absenders geltend, auch nicht als dessen Vertreter oder als Repräsentant kraft einer fingierten Zession.[1]) Zur Repräsentation des Absenders in irgendeiner Form kann der Empfänger die Befugnis aus dem Gesetze nicht herleiten. Was hier die Amtstheorie verleitet haben mag, eine Sonderparteistellung anzunehmen, wird wohl eine Vermengung der Begriffe Recht und Interesse sein: die aus dem Vertrage zwischen Absender und Frachtführer entspringenden Verpflichtungen liegen wohl durchweg im Interesse des Absenders wie des Empfängers, so besonders die der Auslieferung der Ware. Der Empfänger soll aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des Paragraphen auch dann zur Geltendmachung jener Pflichten befugt sein, wenn diese im fremden — sei es wie regelmäßig neben dem eigenen, sei es im überwiegend oder, was wohl selten ist, im alleinigen fremden — Interesse liegt. Die sich für ihn ergebenden Rechte kann er demnach als Partei geltend machen, dagegen bestimmt das Gesetz nicht etwa, daß er die vertragsmäßigen Rechte geltend machen könne „ohne Rücksicht darauf, ob es eigene oder fremde Rechte sind".[2]) Die Annahme einer gewöhnlichen Parteistellung entspricht auch der Sachlage; dem Empfänger gegenüber treten die Folgen der Parteistellung ein.

Ferner wird[3]) die Stellung des Rechtsvorgängers nach § 265 ZPO. von der Amtstheorie als Analogie in Anspruch genommen: Der Abs. 1 des Paragraphen läßt mit Wirkung für das materielle Recht die Veräußerung zu. Aber für den Prozeß, für die Stellung der Parteien soll die Veräußerung als nicht geschehen gelten. Das Gesetz stellt demnach hier eine Fiktion auf: das Gegenteil von der durch Abs. 1 anerkannten materiellrechtlichen Lage, der tatsächlichen Lage, wird zugunsten des Prozeßgegners für den schwebenden Prozeß fingiert, soweit der Schutz des Gegners erfordert, daß ein Parteiwechsel auf der anderen Seite ihm nicht einen Gegner substituiere, der ihn mit Rücksicht auf Kostenerstattung und Vollstreckbarkeit sowie materielle Einwendungen schlechter stellen würde, und nur soweit der Prozeß in Frage steht, wird fingiert, daß der Veräußerer die tatsächlich aufgegebene materielle Stellung noch habe, nur soweit Prozeßhandlungen in Frage stehen: Die Rechtsstellung des Veräußerers, der den Prozeß weiterführen soll, ist viel umstritten. Die Ansichten lassen sich

---

[1]) vgl. Goldmann Bem. III zu § 436. And. M. Schott bei Endemann, HR. Bd. 3 S. 402.

[2]) vgl. auch Staub a. a. O. gegen Hellwig.

[3]) vgl. Gaupp-Stein Bem. 2b vor § 50; Kohler, Ges. Beitr. S. 296.

nach ihrem grundlegenden Gesichtspunkt in zwei Lager teilen: Die einen[1]) weisen dem Veräußerer trotz der Veräußerung die Macht zu, durch alle Arten von Prozeßhandlungen, besonders auch durch Vergleich oder Verzicht über das materielle Recht weiter frei zu walten, kurz dieselbe Stellung wie zuvor, während die Rechtsstellung des Erwerbers für den Prozeß überhaupt nicht in Betracht kommen soll[2]) (Irrelevanztheorie, vgl. Stegemann).[3]) Nach der andern, der herrschenden Meinung dagegen bleibt der Veräußerer nur rein formale Partei, rein prozessual; ihm sei jede, sei es auch nur mittelbare materiellrechtliche Verfügung über den Prozeßgegenstand mit der Veräußerung entzogen; diese stehe allein dem Erwerber zu. Beide Ansichten dürften, wenn sie auch beide von dem richtigen Grundsatze — dem Schutze des Prozeßgegners — ausgehen mögen, diesen Grundsatz jedenfalls nicht folgerichtig durchführen. Das zeigt sich, wenn wir uns die Folgen der beiden Theorien vorführen:

Der materiellen oder Irrelevanztheorie haftet der Mangel an, daß ihre Durchführung praktisch doch dasjenige in den deutschen Zivilprozeß einführen würde, was beseitigt werden sollte,[4]) das Verbot der Veräußerung der res oder actio litigosa; denn kommt die in Abs. 1 anerkannte materiellrechtliche Stellung des Erwerbers überhaupt nicht in Betracht, so haben wir praktisch doch dieses Verbot, und gerade dies sollte der Abs. 1 ausschließen. Die wichtigste Folge dieser Theorie ist die, daß aus der Person des Erwerbers im Prozeß keine Einwendungen vorgebracht werden können. Daß der Erwerber selbst in keiner Weise in den Prozeß eingreifen und dadurch den Gegner schädigen darf, ist im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen. Nicht aber, daß materielle Verfügungen über den Anspruch, die der Erwerber außerhalb des Prozesses vornimmt, vom Prozeßgegner einwendungsweise nicht von diesem vorgebracht werden dürften. Will man so die Handlungen des Erwerbers ganz aus dem Spiele lassen, so folgt daraus, daß der Zeitpunkt der Veräußerung dem Urteil zugrunde zu legen ist, und es ergeben sich — worauf Hellwig[5]) sowie Stegemann[6]) mit Wach hinweisen — durchaus unbefriedigende Folgen: So würde es bei der Feststellungsklage möglich sein, daß der Richter feststellen

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein zu § 265; Seuffert zu § 265.

[2]) Eccius Bd. 1 S. 799; Kohler, Ges. Beitr. S. 293 ff.

[3]) In Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 351 ff., 376 ff; vgl. auch Wilmowski-Levy Bem. 2 zu § 265; Struckmann-Koch Bem. 2 zu § 265; Rosenthal S. 46 ff.; Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S, 301; Stegemann in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 348 ff.; ERG. Bd. 40 S. 340; über Schmidt vgl. S. 53.

[4]) vgl. das RG. a. a. O.

[5]) Rechtskraft S. 153 ff.

[6]) a. a. O.

müßte, der Beklagte dürfe das Eigentum des Klägers am Grundstück nicht bestreiten, während der Nachfolger längst allbekannterweise in das Grundbuch eingetragener Eigentümer ist. Bei der Leistungsklage würde der Schuldner, obwohl er nach der Benachrichtigung von der Abtretung der geltend gemachten Forderung rechtsgültig durch Zahlung an den Erwerber oder dessen Erlaß befreit ist, doch seine Verurteilung zur Zahlung an den Zedenten nicht abzuwenden vermögen. Eine actio doli etwa wäre nicht zulässig, da sie sich ja auf das Rechtsverhältnis zum Zessionar stützt und daher unmöglich sein soll. Daß diese Folge als unangenehme „Kehrseite“[1]) von der Irrelevanztheorie selbst empfunden wird, ist recht erklärlich.

Aber auch die vom Reichsgericht und von Eccius z. B. aufgestellte formale Theorie befriedigt nicht völlig, wenn sie auch dem Bedürfnis näher kommt. Sie läßt Einwendungen aus dem Verhältnis des Erwerbers zu, während der Veräußerer nur eine rein prozessuale Stellung erhält ohne irgendwelche materielle Verfügungsmacht über den Anspruch selbst: Während der Erwerber auf den Anspruch verzichten, über ihn Vergleiche schließen und der Gegner des Veräußerers diesen Verzicht oder Vergleich einredeweise vorbringen kann, soll dem Veräußerer ein Vergleich oder Verzicht nicht gestattet sein; denn das wäre ein materielles Walten über den Anspruch selbst, das offenbar seinen materiellen Gehalt nicht dadurch verliert, daß es innerhalb einer Prozeßhandlung geschieht; diese Durchführung des — aus dem Gesetze nicht begründbaren — formalen Grundsatzes ist aber nicht weniger unbillig: Der Prozeßgegner soll vor dem Rechtsnachfolger geschützt werden. Er — dessen Schutz ja gerade bezweckt wird — soll nicht dadurch wesentlich schlechter gestellt werden, daß es ihm versagt würde, einen ihm günstigen Vergleichsvorschlag des Veräußerers anzunehmen, oder daß ihm der Vorteil eines Verzichtes oder Anerkenntnisses desselben nicht zugute kommen könnte. Auch soweit ein Walten über den Anspruch selbst in Frage steht, soll er den Veräußerer zum Prozeßgegner behalten. Im Prozesse wird über den Anspruch gestritten; wenig nützt es dagegen, wenn der Veräußerer nur rein prozessuale Handlungen vornehmen darf. Dieser Ansicht ist zunächst das Gesetz selbst: Wenn Abs. 3 für den Ausnahmefall[2]) der Urteilswirkung gegen den Erwerber bestimmt, der Beklagte könne einwenden, der Kläger sei nicht mehr zur „Geltendmachung des Anspruchs“ befugt, so sagt es damit auch, daß für den Regelfall der Beklagte nicht geltend machen könne,

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein a. a. O.
[2]) vgl. die Stellung des Absatzes.

der Kläger sei zur Geltendmachung „des Anspruchs" nicht befugt, oder positiv ausgedrückt, daß der an sich gemäß Abs. 1 nicht mehr legitimierte Veräußerer zur Geltendmachung „des Anspruchs" befugt bleibe, also des Anspruchs selbst im vollen Umfange.[1]) Dann kann es auch nicht die Absicht des Gesetzes sein, zwar Einwendungen des Vergleichs und Verzichts aus dem Verhältnis zum Erwerber zuzulassen, dafür aber solche Handlungen des Veräußerers auszuschließen; denn dann würde dem Prozeßgegner das, was ihm dadurch zugute kommt, daß er einen Vergleich oder Verzicht des Erwerbers geltend machen kann, auf der andern Seite genommen. Und das wäre dann für den Prozeßgegner, der ja nur vor dem Erwerber geschützt werden soll, keine Besserstellung, kein Schutz (der ja zugestandenermaßen erstrebt wird), von dessen Schlechterstellung als Vergeltung für diesen Vorteil aber keine Rede ist im Gesetz. Ist so die eine wie die andere Ansicht in ihrer Durchführung unannehmbar, so läßt sich ihnen gegenüber aus dem Gesetz eine Auffassung begründen, die die Schattenseiten beider Theorien nicht aufweist. Dies wird erreicht dadurch, daß man bei der Auslegung des Paragraphen den Zweck der Vorschrift schärfer ins Auge faßt: Die Vorschrift will allein den Prozeßgegner schützen vor dem Erwerber, ihm im übrigen aber seine Rechtsstellung nicht schmälern. Denken wir uns daher den Wortlaut des Abs. 2 dahin ergänzt, daß die Veräußerung auf den Prozeß keinen Einfluß hat, soweit der Schutz der andern Partei in Frage steht, so ist der Zweck und der Wille des Gesetzes — der grundsätzlich ja anerkannt wird — erst so völlig gewahrt und zugleich das Ergebnis ein voll befriedigendes: Der Erwerber darf durch sein Handeln außerhalb des Prozesses den Prozeßgegner besserstellen und dieser dies im Prozesse geltend machen.[2]) So braucht auch nicht der Zeitpunkt der Veräußerung dem Urteil zugrunde gelegt zu werden, sondern spätere Verfügungen des Erwerbers finden Berücksichtigung. Der Veräußerer kann sich dadurch übrigens nicht beschwert fühlen; er hat ja veräußert und damit das Verfügungsrecht verloren — freilich gemäß Abs. 2 nur außerhalb des Prozesses. Der Veräußerer hat die Befugnis zu Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis; auch der Erwerber darf sich bei solchen Akten des Veräußerers nicht beschwert fühlen; er hat ja während des anhängigen Prozesses erworben, während dessen der Prozeßgegner in ungeschmälerter Rechtsstellung im Verhältnis zum Veräußerer bleiben soll. Eine etwaige Regreßpflicht des Veräußerers bleibt natürlich unberührt.[3]) Wird im Prozesse festgestellt, daß der

[1]) vgl. auch Gaupp-Stein a. a. O.
[2]) Im Ergebnis übereinstimmend Bunsen und Rosenthal a. a. O.
[3]) vgl. Struckmann-Koch a. a. O.

Prozeßgegner zu leisten habe, so steht grundsätzlich sein Interesse einer antragsgemäßen Verurteilung auf Leistung an den Erwerber nicht entgegen. Schmidt[1]) meint[2]) freilich, da § 325 ZPO. die Urteilswirkung für und gegen den Rechtsnachfolger bestimme, so ergebe sich die Unmöglichkeit, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, das Urteil auf den Namen des Rechtsnachfolgers gesprochen zu sehen. Mit Rosenthal[3]) wollen wir nur behaupten, daß der Veräußerer seinen Antrag auf Verurteilung an den Erwerber stellen kann, und annehmen, daß wenn nach § 727 vollstreckbare Ausfertigung auf den Namen des Rechtsnachfolgers nach der Urteilsfällung ohne weiteres möglich ist, die Erreichung des gleichen Ziels auf jenem einfacheren Wege nicht ausgeschlossen ist. Dazu kommt vor allem, daß nach dem Gesagten der Zweck der Vorschrift eher dafür als dagegen spricht.

Welche Bedeutung hat diese Verschiedenheit in der Auslegung des Paragraphen für die Parteistellung des Veräußerers? Nach der Irrelevanztheorie kommt eine besondere Parteistellung nicht in Frage; denn da der Erwerber für den Prozeß nicht in Frage kommt, so schafft das Gesetz das Fortbestehen der früheren (gewöhnlichen — nur solche gibt es) Parteistellung des Veräußerers mit der Vorschrift; es fingiert die Fortdauer des geltend gemachten — materiellrechtlich übertragenen — eigenen Interesses der Partei und knüpft daran der Regel gemäß eine Parteistellung aus eigenem (fingiertem) Interesse. Daß dies der Fall ist, zeigt unzweideutig, daß die Folgen der Parteistellung, die sich ja auf eigenes Interesse der Partei, Rechtshängigkeit, Rechtskraft, Kostenpflicht, zwischen den Parteien eintreten und nur die Rechtskraft auf den Rechtsnachfolger erstreckt wird (§ 325 ZPO.).

Aber auch für die beiden andern Theorien wird jedenfalls insoweit das Fortbestehen der früheren materiellen Stellung des Veräußerers fingiert, als dieser, sei es nur rein prozessual, sei es im Rahmen der Prozeßhandlung auch materiell walten darf, so daß die Partei immerhin noch eine Parteistellung erhält, die sich auf das fingierte Fortbestehen des eigenen Interesses gründet, was auch hier seinen klaren Ausdruck darin findet, daß die Kostenpflicht usw. zweifellos unter den Parteien eintreten.

Wenn hier in Wirklichkeit eine Partei vorliegt, die an sich materiell ein fremdes Recht geltend macht und ein eigenes Interesse gar nicht behauptet, so ist das keine Ausnahme von der Regel, daß es nur Parteien der Regelart, der Zivilprozeßordnung gibt.

---

[1]) Der grundsätzlich der formalen Theorie anhängt.
[2]) S. 887 ff.
[3]) S. 48.

Die Parteistellung soll ja dem materiellen Rechte entgegengesetzt gestaltet werden. Es handelt sich nur um die prozessuale, die Parteistellung, und diese schafft das Gesetz im bewußten Gegensatze zur materiellen Rechtslage, die an sich Abweisung oder Verurteilung wegen mangelnder Sachlegitimation mit sich bringen müßte, zum Schutz des Gegners als Parteistellung auf Grund eines fingierten fortbestehenden Parteiinteresses und als Partei der Regelart. Wenn aber das Gesetz an dieses fingierte eigene Interesse der Partei eine gewöhnliche, eine Parteistellung mit den Folgen derselben knüpft, so bestätigt das nur die Regel, daß es nur Parteien mit selbstischem Interesse, nur Parteistellungen mit den auf dieses Interesse gestützten Folgen der Zivilprozeßordnung gibt.

Nach allem ist auch die Zusammenfassung dieses Rechtsinstituts mit dem des Konkursverwalters unter den Begriff „Prozeßstandschafter“ [1]) wegen des gewaltigen Unterschiedes zwischen beiden durchaus ungerechtfertigt, mag die Auslegung des § 265 ausfallen, wie sie will: Der Veräußerer hat eine Parteistellung mit den Folgen derselben (auf Grund eines fingierten eigenen Interesses); der Konkursverwalter soll sie haben ohne ihre wesentlichen Folgen (und ohne wirkliches oder fingiertes eigenes Interesse). [2])

Anders scheint es vielleicht [3]) auf den ersten Blick zu liegen hinsichtlich der Rechtsstellung des Schiffers, der ähnlich wie der Konkursverwalter auch Repräsentant eines vom sonstigen Vermögen des Repräsentierten rechtlich gesonderten Vermögensteils, des Schiffes des Reeders ist, dessen Handlungen außerhalb des Prozesses unbestreitbar (§ 533 HGB.) nur gegenüber dem Reeder wirken, nicht gegenüber dem Schiffer persönlich, bei dem man aber versucht sein könnte, im Prozesse eine eigene Parteistellung daraus zu schließen, daß eine Klage „gegen den Schiffer“ gerichtet werden und daß ein „gegen den Schiffer ergangenes“ Urteil „auch“ für und gegen den Reeder wirken kann.[4]) Die Amtstheorie nimmt

---

[1]) vgl. Kohler a. a. O. und in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 99 ff.

[2]) Keine besondere Parteistellung, keine Prozeßstandschaft (Kohler in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 99 ff.) kommt dem auctor zu, der nach § 76 ZPO. den Prozeß übernimmt. Er ist wie der Vorgänger im Prozesse als Besitzer zur Sache legitimierte Partei der Regelart; vgl. § 76 Abs. 4. And. M. Stegemann in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S 348 ff. Vielmehr tritt eine völlige Neugestaltung des Prozeßverhältnisses ein. Weder die frühere noch die neue Partei prozessiert über fremde, sondern über eigene Rechtsverhältnisse, besonders den Besitz (vgl. auch Kleinfeller S. 143; Schmidt S. 867 f.).

[3]) vgl. Gaupp-Stein Bem. 2b vor § 50; Kohler, Ges. Beitr. S. 568 ff.; Schott, Armenrecht S. 70; Seuffert Anm. 1 vor § 50.

[4]) vgl. §§ 696 Abs. 2, 751 Abs. 2 HGB.; auch § 97 BinnenSchG.; jedoch S. 39; s. ebenfalls Flößereigesetz § 22 Abs. 3.

an, daß immer, wenn eine Klage gegen jemand gerichtet werden und ein Urteil gegen ihn ergehen kann, dies nur gegen ihn als Partei geschehe. Im allgemeinen ist das natürlich auch zuzugeben. Aber eine Ausnahme ist, wie noch näher zu zeigen ist, überall da zu machen, wo gegen einen selbständig gestellten Repräsentanten, der zu einem bestimmten Vermögensteil in einer (nur tatsächlichen) Verwaltungsbeziehung steht, hinsichtlich dieses Vermögensteils eine Klage gerichtet werden oder ein Urteil ergehen kann.[1] Hier versteht das Gesetz unter einer solchen Klage oder einem solchen Urteil nur eine Klage oder ein Urteil gegen ihn als Repräsentanten des verwalteten Vermögensteils, genauer des Subjekts desselben, der Partei. In allen Fällen dieser Art handelt es sich nur um eine formale Vereinfachung des Verfahrens, nur um die gesetzlich ausnahmsweise dem Kläger und auch dem Richter nachgelassene Möglichkeit, im Rubrum den Vertreter allein, ohne den Vertretenen, die Partei zu bezeichnen, und meist auch um eine entsprechende Erleichterung auf der andern Seite, der des klagenden Repräsentanten. Besonders im See- und vielfach auch im Binnenschiffahrtverkehr ist eine solche Erleichterung ein Bedürfnis[2]: Der Reeder ist oft schwer zu erreichen und oft überhaupt nicht zu bezeichnen, weil er gar nicht bekannt ist. Daher liegt die gesetzliche Bestimmung nahe, die dem Kläger gestattet, gegen den Repräsentanten des in reiner Sachhaftung verbundenen Schiffs die Klage zu richten und so mittelbar damit den Reeder zu treffen, der deswegen nichts weniger Partei wird. Eine eigene Parteistellung des Schiffers, eine „Prozeßstandschaft" Kohlers[3]) ist unhaltbar: Zur Verwaltung des Schiffs gehört an sich schon die das Schiff betreffende Prozeßführung in Vertretung des Reeders. Aber mit Rücksicht auf die selbständige Stellung des Schiffers und das Verkehrsbedürfnis erweitert das Gesetz seine Befugnisse[4]) noch, indem es ihm gestattet, die Rechte des Reeders für diesen gerichtlich aktiv[5]) geltend zu machen und ebenso in Passivprozessen[6]) für ihn einzutreten, und zwar beides zwecks unbehinderter Durchführung seines Vertretungsrechts und seiner Prozeßführungsmacht, ohne daß eine namentliche Nennung der Partei nach § 253 ZPO. gefordert wird. Nur in diesem weniger strengen Sinne kann auch das Urteil „gegen den Schiffer" ergehen. Dies wird im vollen Umfang bestätigt, und der Amtstheorie wird für ihren

---

[1]) vgl. auch Rosenthal S. 18; Schmidt S. 323 ff.
[2]) vgl. Kohler a. a. O.
[3]) a. a. O.
[4]) vgl. §§ 511 ff. HGB.
[5]) vgl. § 527 HGB.; Brodmann Anm. 3 zu § 527.
[6]) vgl. § 696 Abs. 2, § 761 Abs. 2; Brodmann ebenda.

Einwand jede Stütze entzogen durch den Hinweis darauf, daß nach dem unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes unter Umständen sogar Klage und Urteil „gegen den Vertreter“ möglich sind: So kann nach angeordneter Nachlaßverwaltung ein Anspruch, der sich „gegen den Nachlaß“ [1]) richtet, nur „gegen den Nachlaßverwalter“ [2]) geltend gemacht werden, der doch nach den ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen Vertreter des Erben hinsichtlich des Nachlasses ist. Und völlig unbestreitbar liegen die Fälle, wo von einer „gegen den Vertreter“ ergangenen Entscheidung [3]) ausdrücklich gesprochen wird. Eine strenge Hinnahme dieser Worte ist natürlich unmöglich, da sie eine Widersinnigkeit ergeben müßte, weil Partei- und Vertreterstellung im Prozeß unbestrittenermaßen nicht zusammenfallen können. Das Gesetz läßt hier nicht nur eine Klage gegen den Vertreter zu, sondern es spricht ja von einer gegen ihn ergangenen Entscheidung. Durch diesen Wortlaut wird der Amtstheorie auch der Einwand abgeschnitten, das Gesetz bezeichne den Repräsentanten nicht zugleich als Vertreter und Partei, sondern sage nur, er sei im übrigen Vertreter, während er im Prozeß eigene Parteistellung erhalte. Nimmt aber das Gesetz unbestreitbarerweise in diesen Fällen den Vertretenen als Partei an, so liegt kein Grund vor, in andern gleichliegenden Fällen der Klage und des Urteils gegen den Repräsentanten eine andere Gesetzesauffassung anzunehmen, zumal nicht nachzuweisen ist, daß in diesen Fällen eine Vertretung — die offenbar das Natürliche ist — nicht vorliegt. So liegt in diesen Fällen nichts anderes vor als eine durchaus naheliegende Ausnahme von der Formvorschrift der §§ 253, 750 ZPO. Aktiv legitimiert ist der Reeder zur Zeit der Erhebung der Klage. Hat das Schiff, wie es die Regel ist, mehrere Mitreeder, so ist es besonders dann oft dem Schiffer unmöglich, die Partei, d. h. alle Mitreeder im Rubrum der Klage zu benennen, einfach weil er sie oft gar nicht kennt. Wie Leo [4]) bemerkt, hat die dem Schiffer erteilte Vollmacht überhaupt nur dann Sinn, wenn man in der besonderen gesetzlichen Regelung derselben eine zugelassene Ausnahme von etwa gegenteiligen Formvorschriften sieht. Dasselbe ist zu sagen von dem Falle der Passivlegitimation des Reeders. Auch soweit der Schiffer nicht den Reeder oder Ausrüster vertritt, gilt das Gesagte, wenn

---

[1]) Dies ist eine ähnliche Breviloquenz; vgl. §§ 1922, 1953, 1967 ff., 1975 (die Haftung „des Erben“) BGB.

[2]) § 1984 Abs. 1 BGB.

[3]) §§ 43, 44 GBO und § 112 FGG.; diese Stellen sind aber durch die Anpassungsgesetze (vgl. Art. 1 EG. z. BGB.) mit dem BGB. und der ZPO. zu einem Ganzen verschmolzen, so daß eine Berufung auf sie völlig gerechtfertigt ist.

[4]) Bem. zu § 526.

z. B. bei Verbodmung der Ladung der Schiffer gemäß § 696 HGB. die Ladungsbeteiligten repräsentiert. Auch hier konnte das Gesetz[1] dem Bodmereigläubiger nicht zumuten, bei Geltendmachung seines Rechtes die einzelnen Ladungsbeteiligten zu benennen, sondern auch hier kann „gegen den Schiffer" eine Klage erhoben und ein Urteil gefällt werden. Der Zweck dieser Besonderheit ist Vereinfachung. Keineswegs will das Gesetz diesen Zweck erreichen durch Schaffung einer neuen Zwischenpartei: Die Eigentümlichkeit, daß hier anscheinend der Prozeß auf den Namen des Repräsentanten eingeleitet wird, beruht auf diesem Zweck und auf dem Umstand, daß der Repräsentant in den fraglichen Fällen durch seine Verwaltungsbeziehung zu dem abgezweigten Vermögensteile das gegebene Mittel zur bequemen Bezeichnung der Partei ist, ein Umstand, dem das Gesetz Rechnung trägt. Eine Schaffung einer neuen Parteistellung des Repräsentanten war nicht erforderlich zur Erreichung des angegebenen Zwecks. Genügend war die Schaffung einer Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Partei namentlich zu benennen sei. Nur dieser Grundsatz wird durch die genannten gesetzlichen Bestimmungen durchbrochen im Interesse des Verkehrs. Wollte man aber darauf eine eigene Parteistellung des Schiffers stützen, daß die Vorschriften der §§ 253, 750 ZPO. nicht durchführbar sind, so würde man einerseits den Zweck der §§ 253, 750 verkennen, die doch nur an eine bestimmte und sichere Durchführung des Prozesses und der Vollstreckung denken, die aber in den fraglichen Fällen durch Annahme einer Parteistellung des Schiffers keineswegs besser erreicht würde als durch Annahme einer Vertretung, weil in beiden Fällen der Gegenstand, in den die Vollstreckung stattfinden soll, in gleicher Weise bekannt ist, das Subjekt des Gegenstandes, die Person, auf die es wirklich ankommt, gegen die als den Repräsentierten die Wirkungen der Repräsentation (in jeder Form) eintreten sollen, die das Gesetz daher in diesen Paragraphen im Auge hat, aber in beiden Fällen nicht genannt werden, z. T. weil es unmöglich ist. So wird in Wahrheit durch die Parteistellung des Schiffers diesen Formvorschriften gar nicht einmal genügt. Andererseits würde man annehmen, daß das Gesetz einer Formvorschrift von immerhin untergeordneter Bedeutung zuliebe eine gründliche Umwälzung in seinen Hauptbegriffen stattfinden ließe, und damit zugleich die Aufgabe des Gesetzes verkennen, das nicht die möglichst peinliche Durchführung formaler Vorschriften erreichen, sondern den Bedürfnissen des Lebens genügen soll. Keine neue Parteistellung des Schiffers, sondern eine Ausnahme von den Formvorschriften

---

[1] vgl. Makower Bem. 2 zu § 696.

der §§ 253, 750 ZPO. ist hier geschaffen; dabei kann man natürlich nicht etwa eine Vorschrift des Gesetzes erwarten, die bestimmte, daß durch diese Ausnahmen vom Grundsatze der formalen Parteibezeichnung die Parteistellung selbst nicht berührt wird; wohl aber müßte die Schaffung einer Sonderpartei hier besonders zum Ausdruck gelangt sein. Es dürfte nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz hier, wo es den Repräsentanten zwar nicht ausdrücklich als Vertreter bezeichnet, aber seine Vertretereigenschaft doch sonst zu erkennen gibt (so im § 533 HGB.), ebensowenig eine Sonderparteistellung hat schaffen wollen wie in den Fällen, wo es den Repräsentanten die Parteieigenschaft abspricht, indem sie ihn wörtlich als Vertreter bezeichnet, wo es aber trotzdem eine Entscheidung gegen den Vertreter zuläßt.[1]) Offenbar liegen die Fälle ganz ähnlich und beruht die gleiche Behandlung durch das Gesetz auf dem gleichen Grunde. Auch außer diesen unbestreitbaren Fällen erkennt dazu die Amtstheorie selbst — teilweise vielleicht unbewußt — Ausnahmen jener Formvorschriften an. Sollte da hier bei der ganz ähnlichen Sachlage ohne besondere Vorschrift eine Sonderparteistellung des Repräsentanten geschaffen sein?

Sind diese Argumente der Amtstheorie nicht stichhaltig, so kommt weiter der Einwand in Betracht, daß das gegen den Schiffer ergangene Urteil „auch" gegen den Reeder wirke. Nach dem Wortlaut liegt auf den ersten Blick der Schluß nahe, daß die Urteilswirkung gegen den Reeder Nebenwirkung, die gegen den Schiffer Hauptwirkung der Parteistellung desselben sei. Aber eine logische Interpretation muß gegenüber dieser grammatischen unbedingt zum entgegengesetzten Ziele führen: Zerlegen wir einmal die materielle Rechtskraftwirkung, so besteht sie zunächst in der negativen Wirkung der Unbestreitbarkeit bei vorliegender res iudicata. Eine solche Wirkung gegenüber dem Schiffer ist — trotz des Wortlauts undenkbar; denn entweder ist der Schiffer Rechtsnachfolger des Reeders nach Rechtshängigkeit geworden, dann wirkt das Urteil schon deswegen nach § 325 ZPO. ihm gegenüber. Aber dieser Fall ist hier natürlich nicht gemeint; ihn behandelt ja § 325. Oder der Schiffer ist nicht Rechtsnachfolger, und der Reeder bleibt Eigentümer des Schiffs; dann ist eine Rechtskraft gegen den Schiffer selbst unmöglich, weil die Rechtskraft nur da einen

---

[1]) Es liegt hier wie wenn z. B. der A die Firma B verklagen kann, wobei die Klage gegen den Inhaber im Augenblick der Zustellung gerichtet ist, wobei „unter der Firma" (§ 17 HGB.) der Ehemann B oder die Ehefrau B oder eine offene Handelsgesellschaft etwa, auf die unter zulässiger Verletzung des Grundsatzes der Firmenwahrheit das Geschäft übergegangen ist, der wahre Beklagte sein kann. Auch hier forderte der Verkehr eine derartige Vereinfachung; vgl. Gaupp-Stein Bem. III zu § 50.

Sinn hat, wo sie ein Interesse trifft, einen Gegenstand hat; von einem solchen kann auf seiten des Schiffers keine Rede sein. Es handelt sich ja um eine persönliche Schuld des Schiffsreeders, für die durchweg nur eine reine Sachhaftung mit dem Schiffe besteht. Jedenfalls steht nur Vermögen des Reeders in Frage, nur dieser kann daher auch z. B. bei einer Klage eines Schiffsgläubigers seine Haftung, die Haftung seines Eigentums bestreiten. Einem andern, auch seinem Vertreter, dem Schiffer fehlt als einem Dritten jede Legitimation zu eigenem Bestreiten oder Einwenden. Da die Wirkungen der Repräsentation nur dem Repräsentieren gegenüber eintreten, so ist auch das Bestreiten des ersteren ein solches des Repräsentierten durch jenen. Ein Bestreiten des Schiffers aus eigenem Rechte würde eine widersinnige exceptio ex iure tertii bedeuten.

Weiter kommt die positive Vollstreckungswirkung des Urteils in Betracht. Diese geht grundsätzlich so weit, wie das Urteil die negative Wirkung hat, so daß das eben Gesagte auch für sie gilt. Eine Vollstreckung gegen den Schiffer persönlich ist ausgeschlossen, da ja nur die Sache des Reeders, der Schiffer aber mit nichts haftet. Das Urteil kann also jedenfalls nicht gegen den Schiffer wirken, da er materiell nicht beteiligt ist und nicht von der Vollstreckung getroffen werden kann.[1]

Da jede andere Annahme so eine Widersinnigkeit bedeuten müßte, so bleibt die einzige der Rechtslage gerecht werdende Möglichkeit nur die, hier mit Brodmann[2]) eine Schiefheit in der gesetzlichen Ausdrucksweise anzunehmen — wie sie sich übrigens auch anderswo[3]) im Handelsgesetzbuch findet. Das Binnenschiffahrtgesetz hat nebenbei diese unglückliche Fassung nicht übernommen. Das Urteil wirkt nur gegenüber dem Beteiligten, dem Reeder als Partei, der eine gewöhnliche Parteistellung hat. „Gegen den Schiffer wirkt das Urteil dagegen nur, wenn gegen ihn persönlich nicht als Vertreter des Reeders geklagt wird.“[4]) Hier wird er Partei der Regelart. Das dingliche Recht am Schiffe kann gegen den Schiffer wie gegen jeden andern dritten Besitzer geltend gemacht werden, aber weil das dingliche Recht als absolutes gegen alle wirkt, hier sogar[5]) ohne den üblichen Schutz des

---

[1]) Auch eine Erstreckung der Urteilswirkung auf den Schiffer kann nicht in Frage stehen; denn überall, wo sie sonst stattfindet, handelt es sich um ein eigenes Interesse des Dritten; vgl. z. B. § 1380 Abs. 2 BGB.; §§ 273, 309, 320 HGB.; § 147 KO.

[2]) Anm. 2 zu § 696 HGB.; vgl. ebenfalls Schaps S. 139 Anm. 1 zu § 511, S. 587 Anm. 6 zu § 696.

[3]) vgl. z. B. schon § 1 Abs. 2 Ziff. 4 „und“ statt „insbesondere“.

[4]) Brodmann Anm. 2 zu § 696; vgl. §§ 533, 511, 512; hier kann er auch im strengen Sinne bestreiten oder verurteilt werden.

[5]) vgl. § 755 HGB.; §§ 1208, 1257, 936 BGB.

guten Glaubens, nicht aber weil das das Recht feststellende Urteil gegen ihn wirkte. Vielleicht liegt hier eine Vermengung dieser beiden Gedanken vor.

Wollte man übrigens eine Rechtskraft gegen den Schiffer annehmen, so wäre doch über die übrigen Folgen der Parteistellung nichts bestimmt. Schließlich wollen auch die meisten Anhänger der Amtstheorie keine Rechtskraft gegen den Repräsentanten gelten lassen. Praktisch richtig wäre für die Amtstheorie nur eine Wirkung für und gegen den Repräsentierten, aber in theoretischer Durchführung des Parteibegriffs müßte sie die Wirkung gegen den Repräsentanten eintreten lassen. „Darin zeigt sich die ganze Haltlosigkeit des neuen Parteibegriffs."[1]) Oetker, der eine Rechtskraft gegen den Repräsentanten[2]) will, ist entgegenzuhalten, daß — abgesehen von der oben dargelegten begrifflichen Widersinnigkeit einer solchen Annahme — sich das merkwürdige Verhältnis zwischen der prozeßrechtlichen und der außerprozeßrechtlichen Stellung des Repräsentanten ergeben würde, daß außerhalb des Prozesses der Schiffer Vertreter ohne eignes Recht (§ 533 HGB.) ist, mit der Zustellung einer jeden Klage er aber ein eigenes Interesse erhalten müßte.[3])

Ergab sich in der ersten Klasse der Sonderparteien der Amtstheorie keine Analogie für eine Parteistellung des Konkursverwalters, so kommen wir jetzt zur zweiten Klasse: Es sollen Parteien sein, die im eigenen Namen für fremde Rechnung kraft eines Amtes prozessieren.

Eine solche Parteistellung soll zunächst[4]) der Staatsanwalt haben, wenn er in Ehe-, Entmündigungs- oder Aufgebotssachen[5]) klagen oder verklagt werden kann: Zunächst ist die Parteistellung des Staatsanwalts unvereinbar mit den Bestimmungen des Gesetzes über den Parteibegriff, die ein eigenes Interesse der Partei voraussetzen. Der Staatsanwalt tritt hier in Fällen auf, wo der geltend gemachte Anspruch der Parteidisposition wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses entzogen ist, und wo der Staat des öffentlichen, d. h. seines Interesses wegen kraft besonderer Gesetzesvorschriften im Prozeß auf eine richtige Feststellung hin-

---

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 40.

[2]) In Buschs Zeitschr. Bd. 25 S. 40; ähnlich will Gallinger S. 23 eine Vollstreckung gegen den Konkursverwalter.

[3]) Meint aber Oetker eine Rechtskraft im weiteren Sinne (wie eine Klage) gegen den Schiffer, so ist das in Wirklichkeit nach dem Gesagten eine solche gegen den Reeder.

[4]) vgl. Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 276; Gaupp-Stein Bem. 2c vor § 50.

[5]) §§ 632, 646, 666, 675, 679, 686, 974 ZPO.

zuwirken befugt ist. So ist es das öffentliche Interesse des Staates,[1]) genauer der Staat, der hier durch den Staatsanwalt repräsentiert wird. Sein Interesse wird geltend gemacht, und er ist unserer Regel nach Partei. Damit steht im Einklange, daß die Folgen der Parteistellung gegen ihn eintreten. Er trägt nach ausdrücklicher Vorschrift die Kosten,[2]) Rechtskraft und Rechtshängigkeit können nur dem Staate gegenüber eintreten. Dagegen kann man dem Richter nicht deshalb das Urteilen verweigern, weil er mit dem Staatsanwalt verwandt ist,[3]) und beim Tode des Staatsanwalts findet keine Unterbrechung statt.

Nun könnte man vielleicht einwenden, hier habe das Gesetz ausdrücklich eine Parteistellung des Repräsentanten ohne eigenes Interesse desselben geschaffen, wenn es z. B. im § 636 die Worte gebrauche „sofern derselbe Partei ist". Ein näheres Zusehen ergibt aber die Unmöglichkeit dieser Annahme und zeigt, daß wir es hier nur mit einer Kurzrede zu tun haben. Zunächst sahen wir schon, daß wir uns gerade bei der Frage, ob jemand Partei oder Repräsentant der Partei ist, nicht immer an den Wortlaut klammern können, daß vielmehr das Gesetz an Stellen Breviloquenzen im Interesse der Einfachheit der Parteibezeichnung (zugleich als Ausnahme von den §§ 253, 750 ZPO.) gebraucht, die zum Teil sogar, wörtlich aufgefaßt, einen offensichtlichen Widerspruch ergeben müßten. Ähnlich liegt es nun auch hier; es geht aus mehreren Gründen hervor, daß eine eigene Parteistellung des Staatsanwalts ausgeschlossen ist. Fassen wir zunächst „den Staatsanwalt" als Partei auf, d. h. den gerade selbst oder durch einen Vertreter klagenden oder verklagten Staatsanwalt, so ergibt sich die Unrichtigkeit der Annahme schon bei der Erwägung, ob in den Prozessen, wo ein Parteieid von der Staatsanwaltschaft zu leisten ist, die dem Staatsanwalt etwa (gemäß § 145 GVG.) beigeordneten Staatsanwälte, wenn sie am Prozeß nicht teilnehmen (als Vertreter des Vorgesetzten), offenbar nicht als Zeugen vernommen werden können. Nun sind aber alle dritten Personen außer dem gesetzlichen Vertreter, der ja den Parteieid leisten soll, zeugnisfähig. Als gesetzlicher Vertreter kommt der nicht prozessierende Staatsanwalt aber nicht in Betracht, denn er nimmt ja am Prozesse auf seiten des Staatsanwalts nicht teil, soll vielmehr als Zeuge die Stellung eines Dritten einnehmen

---

[1]) Das hier zu einem rechtlich geschützten erhoben ist; das Interesse allein berechtigt noch nicht zur Geltendmachung eines entsprechenden Rechts. Nur unter bestimmten Voraussetzungen ist hier z. T. ein rechtlich geschütztes Interesse des Staates anerkannt (vgl. z. B. § 684 ZPO.).

[2]) vgl. §§ 637, 673, 677, 658 ZPO.

[3]) vgl. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 18 S. 51.

und so der Partei gegenübertreten. Eine gesetzliche (oder gewillkürte) Vertretung könnte nur dann in Betracht kommen, wenn der beigeordnete Staatsanwalt selbst als Vertreter des Staatsanwalts als Repräsentant des Staates den Prozeß führen würde, wozu er ja jederzeit den Auftrag erhalten kann. Dies würde er aber hier gerade nicht tun. Und doch kann er nicht als Zeuge in solchen Prozessen vernommen werden. Es würde doch jeder Gerechtigkeit widersprechen, wenn einerseits der klagende oder verklagte Staatsanwalt zugunsten des Staates den Parteieid leisten und als Mitglied derselben Behörde ein anderer Anwalt des Staates für diesen den Zeugeneid leisten können sollte. Schon diese Erwägung weist darauf hin, daß wir nicht an der Person des gerade den Prozeß führenden Staatsanwalts als solchen zu haften, daß wir vielmehr jedenfalls bei der Bestimmung der Partei auch jene beigeordneten Staatsanwälte hineinzuziehen haben. Dem entspricht ein anderer wichtiger Grund: Das Gesetz faßt diese Personen zu einer Einheit zusammen. Man wird nicht „den Staatsanwalt" als Partei oder sonstigen Repräsentanten des Staates ansehen können, sondern die Behörde der Staatsanwaltschaft. Als Organ zur Bildung des staatlichen Willens innerhalb seines Wirkungskreises schafft das Gesetz nicht sowohl den Staatsanwalt als solchen, sondern die Staatsanwaltschaft. Das zeigen u. E. deutlich die einschlägigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, die ja besonders von der Behördenorganisation handeln und daher vor allem als sedes materiae für die Frage in Betracht kommen, wem die Repräsentation des Staates zusteht. Diese Vorschriften sprechen nicht in erster Linie vom Staatsanwalt, sondern von der „Staatsanwaltschaft". Das Gesetz sagt weiter, das Amt der Staatsanwaltschaft wird durch (einen oder) mehrere Beamte ausgeübt. Die beigeordneten Staatsanwälte haben zwar den Weisungen des (ersten) Staatsanwalts zu folgen. Aber auch sie gehören deshalb nicht weniger zur Behörde. Es kommt nicht darauf an, ob innerhalb einer Behörde der eine Amtsträger den dienstlichen Weisungen seines Vorgesetzten nachzukommen hat, sondern darauf, ob der Staat seine Repräsentation in die Hand eines Beamten als solchen, hier des Staatsanwalts, oder der Behörde als solcher gelegt hat. Hier ist nach dem die Repräsentation des Staates u. a. bestimmenden Gesetze „die Staatsanwaltschaft" die repräsentierende Behörde. In Wahrheit wird nun niemand behaupten wollen, der erste Staatsanwalt allein sei die Staatsanwaltschaft und die übrigen gehörten nicht dazu. Das widerspräche dem Empfinden und auch dem Gesetze, das die Behörde der Staatsanwaltschaft als Einheit schafft. Dies tritt auch darin zutage, daß jeder Beigeordnete nach außen

hin selbständig zu handeln befugt ist, und zwar mit voller Wirkung, ohne daß der Nachweis eines Auftrages gefordert wird. Auch ist nicht etwa jeder Staatsanwalt für sich die Staatsanwaltschaft, sondern alle Mitglieder bilden einheitlich die Behörde der Staatsanwaltschaft. So erklärt es sich denn, daß der Beigeordnete im obengenannten Falle nicht zeugnisfähig ist. Daraus geht besonders hervor, daß der Staatsanwalt als solcher nicht Partei sein kann, da auch im Prozesse die Behörde als solche für den Staat auftritt, wenn auch die Klage „gegen den Staatsanwalt" gerichtet werden kann. Im Prozesse brauchen nicht etwa alle Mitglieder der Behörde zugegen oder vertreten sein. Das hängt zusammen mit der Natur der Behörde. Die Behörde ist nicht Partei und auch besteht sie nicht aus mehreren gesetzlichen Vertretern im strengen Sinne. Sie ist unabhängig von der Anzahl und dem Fortfall ihrer Mitglieder (keine Unterbrechung), da sie als solche das staatliche Organ ist, das den Staat repräsentiert. Die Behörde hat im Prozesse „die Stellung" [1]) des gesetzlichen Vertreters, nicht das einzelne Mitglied.[2]) Die Behörde ist übrigens ja auch gemeint, wenn z. B. Eingaben an den Vorsitzenden einer Behörde, etwa eines Gerichts, gemacht werden. Und hiermit steht auch im Einklang, wenn [3]) „der Oberstaatsanwalt" zur Repräsentation des Justizfiskus grundsätzlich berufen ist. Die Eingaben werden natürlich zweckgemäß an dasjenige Mitglied der Behörde gemacht, das die Leitung, die Aufsicht oder sonst nach besonderen Maßgaben über die Behandlung der Sache zu befinden hat. So kommt es auch, wenn „der Staatsanwalt" klagen oder verklagt, „Partei" werden kann. Ist trotz einer derartigen Bezeichnung die Behörde aber gemeint, so wird diese deshalb noch nicht Partei. Bunsen [4]) übersieht, daß die Behörde deswegen nicht Partei sein kann, weil sie nicht Person ist (§ 50 ZPO.). Es handelt sich auch nicht um eine Vertretung im eigentlichen Sinne, da dem Repräsentanten die Persönlichkeit fehlt. Handeln ist aber des Vertreters Aufgabe. Da nun das Gesetz von einer Parteistellung der Behörde nicht spricht, so kommen die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze über den Parteibegriff der Zivilprozeßordnung zur Anwendung. Als Organ ist die Behörde weder Partei noch gesetzlicher Vertreter im strengen Sinn. Die Staatsanwaltschaft „hat eine eigenartige, am meisten der des gesetzlichen Vertreters sich nähernde Stellung, die des Organs. Sie soll nur das künst-

[1]) vgl. dazu § 26 BGB.

[2]) vgl. z. B. auch §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB., wo die Behörde den Staat repräsentiert; s. S. 44 f.

[3]) In Preußen.

[4]) In Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 276.

liche Gebilde der juristischen Person dadurch dem Menschen, der natürlichen Person gleichmachen, daß er ihm seinen eigenen Willen verleiht, den eben nur ein Mensch haben kann. Es handelt sich hier also im Gegensatz zu allen Arten von Vertretungsverhältnissen nicht darum, daß ein Wille an Stelle des andern gesetzt, sondern überhaupt erst ein Organ für die Bildung des Gesamtwillens (innerhalb des ihm zugewiesenen Willenkreises) geschaffen wird".[1]) So ist die Staatsanwaltschaft „das ideelle Subjekt, in dessen Person der Staat auftritt, wie irgendeine Behörde ihn repräsentiert in den Grenzen ihrer Amtsgewalt",[2]) das Organ, der Mund, durch den der Staat im Prozesse als Partei spricht. Weil sie dieses ideelle Subjekt ist, so hat der Wegfall ihrer einzelnen Mitglieder auf die Stellung des Staats im Prozesse keinen Einfluß; weder fällt die Partei noch ihr gesetzlicher Vertreter weg. Das den Prozeß gerade führende Mitglied der Behörde mag dabei im Prozeß „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" haben, er ist es aber nicht, d. h. er ist nur insoweit wie ein gesetzlicher Vertreter zu behandeln, als dem nicht seine Eigenschaft als Mitglied des staatlichen Organs entgegensteht.

Können demnach weder der Staatsanwalt noch die Staatsanwaltschaft im strengen Sinne Partei sein, so bleibt für uns nur die Annahme, daß der Staat, der sein rechtlich geschütztes Interesse geltend macht, Partei ist, eine Annahme, die wieder mit dem Parteibegriff der Zivilprozeßordnung völlig übereinstimmt.

So zeigt dies alles, daß mit den Worten „sofern der Staatsanwalt Partei ist" oder mit ähnlichen Ausdrücken das Gesetz nicht weniger eine Kurzrede will, als wenn es z. B. die an sich widersinnigen Worte „eine gegen den Vertreter ergangene Entscheidung" gebraucht, eine Kurzrede, die um so weniger schadet, als jeder weiß, daß der Staatsanwalt als Anwalt des Staates das Interesse des Staates repräsentiert. Eben weil dies allbekannt ist, verlangt das Gesetz, auch hier eine — selbst nach der Amtstheorie mögliche — Ausnahme von dem formalen Erfordernis der peinlichen Parteibezeichnung schaffend, nur eine Bezeichnung des zuständigen Mitglieds des die Partei repräsentierenden Organs.

Ganz ähnlich liegt es in den Fällen, wo nach bürgerlichem Recht[3]) eine Behörde befugt ist, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt. Hier wird das öffentliche Interesse ja wörtlich verlangt. Um dieses handelt es sich, und dieses ist das die Parteistellung des Repräsentierten

---

[1]) Schott S. 73 f.
[2]) Wach S. 567.
[3]) §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB.

begründende Interesse, wenn hier die Behörde auftritt. Der Repräsentierte braucht auch hier der klaren Sachlage wegen nicht neben der Behörde im Rubrum der Klage oder dem Kopf des Urteils bezeichnet zu werden, ohne daß er deshalb aus seiner Parteistellung verdrängt würde. Neben der Behörde hat übrigens der Schenker, der Erbe oder der sonst nach § 2194 BGB. Berechtigte als privatrechtlich Befugter seinen Anspruch; er steht völlig unabhängig neben dem „Vertreter" des öffentlichen Interesses; er wird von diesem nicht vertreten, da völlig verschiedene Ansprüche und Interessen bei beiden in Frage stehen.

Dann führt die Amtstheorie[1]) die Rechtsstellung des Grundstücksrepräsentanten gemäß §§ 58, 758 ZPO. als Analogie an: Das aufgegebene Grundstück muß, wenn Rechte an ihm geltend gemacht werden sollen, irgendwie repräsentiert werden, da es keinen Herrn mehr hat. Zu diesem Zweck ist ein „Vertreter" zu bestellen. Da das Gesetz den Repräsentanten selbst so bezeichnet, ist zu prüfen, ob ihm diese Vertretereigenschaft abzusprechen ist. Die Aneignungsbefugnis steht nur dem Fiskus oder dem sonst (nach Art. 129 EG. z. BGB.) Berechtigten zu. Es wird zwar damit gerechnet, daß sich der Berechtigte eintragen läßt, wie das Gesetz zu erkennen gibt. Erst durch die Aneignungshandlung wird das Recht des Berechtigten aber m. E. ein solches, in dessen Ausübung der Berechtigte gemäß § 58 ZPO. vertreten werden könnte. Es mag freilich nicht gerade fern liegen, eine Vertretung des Aneignungsberechtigten durch den „Vertreter" auch vorher anzunehmen, zumal da nicht zu leugnen ist, daß es Fälle gibt, die man ähnlich auszulegen versucht sein könnte, wie z. B. der des § 1913 BGB.[2]) Will man dieser Ansicht folgen, so ist der Staat als Aneignungsbefugter schon jetzt der Vertretene,[3]) also die Partei. Ihn treffen die Folgen der urteilsmäßigen Feststellungen bezüglich des Grundstücks. Die Ansicht kann sich darauf stützen, daß das Gesetz den Repräsentanten selbst als Vertreter bezeichnet. Dazu kommt, daß da, wo durch die Annahme einer Parteistellung der Regelart der Sachlage voll genügt wird, für die Amtstheorie keine Stütze bleibt. Der materiell Betroffene wäre der Fiskus, gegen ihn würden sich Rechtshängigkeit und Rechtskraft richten. Eine besondere Frage ist, inwieweit gegen ihn wegen des Urteils vollstreckt werden könnte. Hier wäre zu berücksichtigen, daß der Eigentumserwerb, der Hinzutritt des

---

[1]) vgl. Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 264; Gaupp-Stein Bem. 2c vor § 50; Schott, Armenrecht S. 61.

[2]) vgl. unten S. 54f.

[3]) So Seuffert, ZPO. Bem. 3 zu § 58; Struckmann-Koch Bem. 3 zu § 58.

Eigentums am Grundstücke zum sonstigen Vermögen des Staates noch in der Zukunft, ja sogar ungewiß ist; es würde daher nur eine Belastung des Grundstücks selbst in Frage stehen, während grundsätzlich selbst bei nur beschränkter Haftung in der Sache selbst das ganze Vermögen von der Kostenpflicht betroffen wird.[1])

Man wird aber u. E. richtiger auf seiten des Grundstücks Parteilosigkeit anzunehmen haben.[2]) Das Grundstück wird herrenlos, und das wird doch maßgebend sein. Der Aneignungsberechtigte kann nicht der Vertretene sein; denn er hat noch kein Recht erworben, das für ihn ausgeübt werden könnte. Vor allem kann man hier nicht von einem subsidiär, für den Fall des Nichterwerbes Vertretenen sprechen, wie z. B. in den Fällen der §§ 1911, 1912 BGB.[3]) Das Grundstück wird eigentümerlos und eigentumslos. Hellwig will freilich,[4]) daß zwar Eigentümerlosigkeit, nicht aber Eigentumslosigkeit eintrete. Diese Unterscheidung läßt sich nicht halten; denn zum Begriffe des Eigentums gehört notwendig, daß eine Rechtsbeziehung einer Person zur Sache, eine Herrschaft einer Person über die Sache besteht, und das Grundstück kann als Sache nicht über sich selbst herrschen. Gesteht man einerseits Herrenlosigkeit zu und erkennt man andererseits den Aneignungsberechtigten als die vertretene Partei nicht an, dann bleibt nur die Möglichkeit, daß das Grundstück mit den an ihm haftenden Rechten und Pflichten eine parteiähnliche Stellung hat, daß es m. a. W. eine Vermögensmasse ist, die, ohne Partei im strengen Sinne des § 50 ZPO. zu sein, als solche klagen oder verklagt werden kann (§ 17 ZPO.). Diese Annahme rechtfertigt sich hier im Gegensatz zu andern behandelten Fällen, da sie — was gefordert werden muß — wirklich ultimum refugium ist, da in der Tat ein Berechtigter nicht festzustellen ist, der der Vertretene sein könnte. Aber das Grundstück wird als Masse verklagt, hat selbst die ihm zugewiesene parteiartige Stellung, und nicht wird der „Vertreter“ Partei. Das Grundstück selbst erhält die Stellung der Partei, und zwar einer Partei der Regelart, der Partei mit eigenem Interesse; die Masse ist es, gegen die die Folgen der Parteistellung eintreten, natürlich — und dies dürfte § 17 ZPO. voraussetzen — soweit sich nicht aus ihrer Eigenschaft als Masse ein anderes ergibt. Die Masse haftet für die das Grundstück belastenden Kosten. Der „Vertreter“ kann für die Kosten nicht belangt werden; „sonst würde auch niemand die gefahrvolle Rolle

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein Anm. IV vor § 91.
[2]) vgl. Kleinfeller S. 702f.
[3]) vgl. S. 54ff.
[4]) Anspruch und Klagrecht S. 232ff., Rechtskraft S. 274ff.

übernehmen".[1]) Die Masse soll leisten, nicht der Repräsentant. Daran ist freilich festzuhalten, daß eine Vertretung im strengen Sinne nicht vorliegen kann, da nur Personen „vertreten" werden können.[2]) Wenn aber das Gesetz den Repräsentanten als Vertreter bezeichnet, so liegt jedenfalls eine vertretungsähnliche Stellung auf seiner Seite, nicht eine eigene Parteistellung vor, die aus nichts abzuleiten ist und dazu dem Parteibegriffe der Zivilprozeßordnung schroff widerspricht. Die Annahme einer materiellen parteiartigen Stellung der Masse, des Grundstücks, die im § 17 ZPO. eine Stütze findet und allein haltbar ist, erreicht eine Erklärung der Sachlage nach allen Seiten. Welcher der beiden behandelten Auffassungen man auch folgen mag, bei keiner ist die Vertretertheorie als die unmittelbar auf das Gesetz gestützte Ansicht gezwungen, der Amtstheorie zu weichen. Die Klage gegen die Masse, das Grundstück, ist in diesem Falle deswegen schon kein Unding, weil eben der Eigentümer fehlt. Es liegt u. E. nahe, hier eine „Vertretung" des Grundstücks anzunehmen, wenn man erwägt, daß der Eigentümer doch wirtschaftlich nur nebenbei, nur als Mittel in Frage kommt, wenn z. B. ein Grundstückspfand geltend gemacht wird. Er haftet für die dingliche Schuld nicht persönlich, sondern die Befriedigung soll „aus dem Grundstücke"[3]) erfolgen. Liegt es da fern, daß nach Wegfall des Eigentümers, dieses Mittels zur Befriedigung „aus dem Grundstück", ohne die Vermittlung eines solchen Subjekts die Masse, das Grundstück, dem ein „Vertreter" zu bestellen ist, verklagt werden kann. Durch diese nicht nur auf den Parteibegriff der Zivilprozeßordnung, sondern auch auf § 17 daselbst gestützte Annahme wird ein Interessenstreit, ein Prozeß ebenso ermöglicht wie durch die unbegründbare Parteistellung des „Vertreters". — Abgesehen davon würde eine solche Parteistellung die Lösung der Frage nach den hier vorliegenden Rechtsverhältnissen gar nicht fördern; denn der „Vertreter" soll und müßte ja eine dem Konkursverwalter ähnliche Parteistellung, eine solche ohne eigenes Interesse haben. Die Annahme der Amtstheorie scheint vielleicht auf den ersten Blick zu helfen; doch ist dies eine Täuschung: diese Annahme gibt keine Antwort auf die Frage, in wessen Interesse denn die Partei den Prozeß führen soll. Sie erreicht in Wahrheit nur eine Umgehung der Frage nach dem richtigen Repräsentierten. Auch sie will ja eine Repräsentation. Wer aber dieser andere ist, für dessen „Rechnung" die Partei prozessieren, gegen wen der Prozeß

---

[1]) Kleinfeller a. a. O.
[2]) And. M. hier Schott S. 64.
[3]) vgl. z. B. §§ 1113, 1191, 1199 BGB.

im materiellen Erfolge wirken sollen, wer die Kosten trägt, kurz, wen die Folgen der Parteistellung treffen sollen, auf die es gerade ankommt, alle diese Fragen würden trotz der Annahme einer eigenen Parteistellung des „Vertreters“ offen bleiben.

Besonders nimmt die Amtstheorie[1]) auch das Institut des Testamentsvollstreckers als Analogie für sich in Anspruch: Die Amtstheorie tritt besonders scharf in einer Entscheidung des Reichsgerichts hervor. Hier wird gesagt, daß ein die Erben verurteilender Schiedsspruch nicht gegen den Testamentsvollstrecker vollstreckbar sei. Dies hänge zusammen mit der Parteistellung des Testamentsvollstreckers, die das Gesetz ihm zuweise. Aber zunächst muß man zu demselben Ziele gelangen, wenn man eine Vertretung des Erben hinsichtlich des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker annimmt. Denn wenn der Erbe zur Leistung aus den seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und seiner Prozeßführungsmacht unterliegenden Gegenständen des Nachlasses und seinen nicht zum Nachlaß gehörigen Gegenständen (seinem freien Vermögen) verurteilt ist, kann auch nach der Vertretertheorie noch nicht in den ihm durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung entzogenen und zur gebundenen Masse gewordenen Vermögensteil vollstreckt werden. Das folgt aus dem Gesetze,[2]) nicht aus einer eigenen Parteistellung des Testamentsvollstreckers. Und daß jemand zur Leistung nur aus einem bestimmten Teile seines Vermögens verurteilt wird, ist keine Seltenheit.[3]) Auch nach der Vertretertheorie muß der Verwalter besonders verurteilt werden, soll die Vollstreckung in das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen stattfinden. Die Vertretertheorie ist auch hier nicht gezwungen, eine Ausnahme zu machen: die Annahme einer formellen Repräsentation des Erblassers zunächst hilft nicht weiter. Der Erblasser kann nicht vertreten werden, auch nicht „formell“. Es gibt wohl Fälle, wo für eine noch nicht vorhandene Person eine Vertretung (Pflegschaft) bestellt wird — mit Rücksicht auf dessen künftigen Erwerb[4]) und darauf, daß für den Fall des Nichterwerbes immer noch eine subsidiär vertretene Person vor-

---

[1]) vgl. Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 265 ff.; Kohler, Ges. Beitr. S. 265 ff.; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 3 § 54; Gaupp-Stein Bem. vor § 50; Meischeider S. 450 ff.; Seckt bes. S. 20, 29 ff., 71 ff.; Stobbe § 309; Strohal S. 163 ff.; Planck Bd. 5 Bem. 2 zu § 2197; Kuhlenbeck Bem. 1, 3 zu § 2197; Fischer-Henle Bem. vor § 2197; ERG. Bd. 56 S. 326 ff.; dagegen Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 40 Anm. 14; Kleinfeller S. 121 f.; Schmidt S. 844 f.; Staudinger Bd. 5 Bem. F zu §§ 2197 ff. S. 525; auch Seuffert Bem. 3c vor § 50, jedoch unten S. 50.

[2]) §§ 2197 ff. BGB.; 327, 749, 750 ZPO.

[3]) vgl. nur die dingliche Hypothekenklage.

[4]) vgl. z. B. § 1913 BGB.

liegt. Nie aber kann ein Verstorbener irgendwie [1]) repräsentiert werden. Es handelt sich nur um Anordnungen desselben bezüglich des Nachlasses, die über seinen Tod hinaus wirken und binden, [2]) die aber nichts Eigenartiges sind. Eine Vertretung des Nachlasses ist undenkbar, da ihm die Persönlichkeit fehlt. Es bleibt die einzige Möglichkeit, den Erben als Vertretenen anzunehmen im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses. Jede rechtliche Veränderung trifft ihn, [2a]) er leistet den Gläubigern, die Handlungen des Testamentsvollstreckers können nur als seine Handlungen gelten, da sie nur ihm gegenüber ihre Wirkung äußern, alles freilich immer im Rahmen der Vertretungsmacht. Die Schulden, die der Testamentsvollstrecker macht, sind Schulden des Erben.[3]) Eine ganz andere Frage ist,[4]) in welchen Vermögensteil wegen ihrer im einzelnen Fall vollstreckt werden kann; und diese Frage regelt das Gesetz. Wenn nur der Testamentsvollstrecker verurteilt ist, so soll auch nur gegen ihn (im weiteren Sinne, s. u.) vollstreckt werden können. Eine selbständige Stellung des Testamentsvollstreckers nimmt auch die Vertretertheorie an: Es handelt sich ja um gesetzliche Vertretung, deren Umfang hier durch den Erblasser besonders bestimmt werden kann, mit der Wirkung, daß derjenige, auf den das Vermögen mit dem Todesfall übergeht, nach Anordnung der Testamentsvollstreckung im Rahmen der letztwilligen Verfügung vertreten werden kann.[5]) Zuzugeben ist auch, daß dem Testamentsvollstrecker „ein mit bestimmten gesetzlichen Rechten und Pflichten ausgestattetes Amt zugewiesen wird zu dem Zwecke, daß die letztwillige Verfügung gesichert und die Interessen der Nachlaßbeteiligten gewahrt werden".[6]) Wie wir sahen, treffen die Hand-

---

[1]) vgl. Meischeider S. 450ff.; dagegen Seckt S. 20, 29ff.; Seuffert Bem. 2c vor § 50; Strohal S. 40.

[2]) Ähnlich liegt es mit der Bindung des Rechtsnachfolgers z. B. in den §§ 751, 1010 BGB.; die Annahme einer „formalen Repräsentation" des Erblassers bedeutet daher die einer Stellung der Amtstheorie; man wird auch in den genannten Fällen nicht versucht sein, den Nachfolger als Repräsentanten des Vorgängers anzusehen. Solche Bindungen ergeben sich aus der Befugnis des Berechtigten, mit seinem Rechte frei zu walten, die hier nur besonders gestaltet ist.

[2a]) And. M. Meischeider S. 464.

[3]) Denn nur er ist Subjekt des Nachlasses (§§ 1922, 1953 BGB.).

[4]) Das übersieht Strohal (S. 163f.), wenn er eine Vertretung des Erben schlechthin für unmöglich hält, weil die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten erzeugen (§ 1967 BGB.). Was seine weitere Annahme angeht, eine Vertretung des Erben hinsichtlich des Nachlasses allein sei ausgeschlossen, weil der wirkliche oder fingierte Wille des Erben machtlos und durch den des Erblassers gebunden sei, so ist gewillkürte und gesetzliche Vertretung zu scheiden; vgl. darüber unten S. 73ff.

[5]) And. M. Dernburg Bd. 5 S. 377ff.

[6]) Matthiaß Bd. 2 § 163 S. 525; denn die Annahme einer gesetzlichen Vertretung ist, wie unten S. 68ff. gezeigt ist, vereinbar mit der eines Amtes.

lungen des Testamentsvollstreckers in ihrem materiellen Erfolge den Erben, und zwar auch im Prozesse; der Erbe ist der materiell Beteiligte; auf ihn finden die Folgen der Parteistellung deshalb Anwendung: er hat eine gewöhnliche Parteistellung und ist Vertretener. Die Motive wie auch das Reichsgericht [1]) folgern offenbar daraus eine besondere, eigene Parteistellung des Testamentsvollstreckers, daß eine Klage gegen ihn gerichtet werden kann oder muß.[2]) Wie aber in jenen andern Fällen, so schafft auch hier das Gesetz durch seine Vorschriften keine neue Partei, sondern eine Ausnahme von dem formalen Grundsatze der namentlichen Parteibezeichnung, läßt auch hier eine mittelbare Parteibezeichnung zu, die durch Angabe des zur Bezeichnung der Partei infolge seiner Verwaltungsbeziehung zur Masse besonders geeigneten Vermögensverwalters erfolgt, die zugleich die Besonderheit hat, das gegebenenfalls der Vollstreckung aus einem entsprechenden Urteil zugängliche — das verwaltete — Vermögen zu bestimmen. Ergeht das Urteil „gegen den Erben", so kann die Vollstreckung nur gegen ihn persönlich erfolgen, da er auch für die Nachlaßschulden persönlich haftet,[3]) nicht aber in den Nachlaß.[4]) Ergeht es „gegen den Testamentsvollstrecker", so ist der Erbe auch hier derjenige, der leisten soll, derjenige, gegen den das Urteil im strengen Sinne ergeht und wirkt. Das gegen den Testamentsvollstrecker ergangene Urteil liefert einen Titel gegen den materiell Berechtigten, nicht gegen den Testamentsvollstrecker persönlich,[5]) d. h. soweit er nicht als solcher auftritt. Ein den Testamentsvollstrecker — je nach Lage des Falles [6]) zur Duldung oder Leistung — verurteilendes Erkenntnis verlangt nichts von dem Testamentsvollstrecker persönlich, der nur mit seinem Vermögen selbst leisten würde. Leistung des Testamentsvollstreckers in seiner Eigenschaft als solchen ist eben Leistung des Erben durch ihn. So zwingt uns nichts, dem Erben seine Parteistellung abzusprechen, und das gilt ohne Ausnahme. Seuffert,[7]) der grundsätzlich der entwickelten Ansicht ist, will eine Ausnahme machen für die Prozesse, in denen der

---

Was vom Amtsträger gilt, muß auch vom „Organ" gelten; vgl. Seckt a. a. O. Das Wort Organ ist dazu, wie man mit Staudinger a. a. O. sagen muß, nur „ein Bild zur Veranschaulichung einer rechtlichen Tatsache". Beide Ausdrücke erklären die Stellung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben nicht.

[1]) a. a. O.

[2]) vgl. §§ 2212 ff. BGB.

[3]) §§ 1967 ff. BGB.

[4]) Nirgends ist aber die Rede davon, daß der Testamentsvollstrecker Partei würde.

[5]) vgl. § 327 ZPO.

[6]) vgl. §§ 2212 BGB.

[7]) a. a. O.

Testamentsvollstrecker die Ausführung einer Verfügung des Erblassers, die er selbst nicht ausführen kann, von dem Erben erzwingt. Hier soll der Testamentsvollstrecker selbst Partei sein. Aber das heißt die Stellung des Testamentsvollstreckers ohne gesetzlichen Grund trotz Gleichheit der Rechtslage verschieden gestalten. Wir haben es hier ja zu tun mit einem scharf getrennten Sondervermögen des Erben. Diese scharfe Sonderung, die derjenigen der Konkursmasse vom freien Vermögen des Kridars recht ähnlich ist, schafft ähnlich wie bei dieser besonders geartete Verhältnisse und ermöglicht (ähnlich wie dort) die Prozeßführung des Erben als Disponenten seines freien Vermögens, als eines nicht vertretenen Dritten auf der einen Seite gegen den gesetzlichen Vertreter des Erben hinsichtlich des Nachlasses, also in der Tat des Erben selbst auf der anderen Seite, ohne daß sich dabei Konstruktionsschwierigkeiten ergäben, wie S. 74 ff. des näheren zu zeigen ist. Damit erledigt sich auch der Vorwurf Bunsens,[1]) daß es unmöglich sei, daß der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter des Erben gegen den Erben klage, wenn der Erbe sich weigere, den der Verwaltung unterliegenden Nachlaß herauszugeben.

Anders würde es übrigens liegen, wenn nach unserem Rechte der Testamentsvollstrecker als Rechtsnachfolger des Erblassers die Stellung eines Treuhänders,[2]) wie im alten deutschen Rechte,[3]) hätte. Dann würden Eigentum und sonstige Rechte auf ihn übergehen, und er wäre dann Partei, als materieller Rechtsträger Partei der Regelart.

Auch die Berufung auf den § 327 ZPO. kann den Beweis nicht erbringen: der Paragraph bestimmt die Wirkung des „gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils gegenüber dem Erben. Aus dem Dasein des Paragraphen soll nun die Parteistellung der Amtstheorie hervorgehen, der sonst überflüssig sei.[4]) Offenbar mit Rücksicht auf die Streitfrage hat die Kommission sich einerseits gescheut, den Testamentsvollstrecker als Vertreter zu bezeichnen; andererseits hat sie aber auch nicht durch Aufnahme ins Gesetz der Amtstheorie hier eine Sonderparteistellung geschaffen; die Ansicht der Kommission ist m. a. W. jedenfalls nicht Gesetz geworden. So erübrigt nur die Annahme, daß der § 327 ZPO. bei der bestrittenen Rechtslage durch eine besondere Be-

---

[1]) In Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 268.

[2]) So heute Endemann a. a. O.; jedenfalls gehen auf den Testamentsvollstrecker keinerlei Rechte des Erben über.

[3]) vgl. dazu Stobbe S. 260 ff.; Meischeider S. 451.

[4]) vgl. das RG. a. a. O.; Planck Bd. 5 Bem. 2 zu § 2197.

stimmung einen Zweifel darüber ausschließen soll,[1]) daß das gegen den Repräsentanten ergangene Urteil nur gegen den Erben als materiell Betroffenen wirkt. Mehr ist aus dem Paragraphen unmöglich zu entnehmen. Wenn ferner nur von der Rechtskraft die Rede ist, wie steht es dann mit der Kostenpflicht, der Rechtshängigkeit usw.? Müßte nach dieser Vorschrift nicht für alle übrigen Wirkungen der Parteistellung das Gegenteil dahin geschlossen werden, daß sie gegen den Testamentsvollstrecker persönlich einträten? — offenbar ein widersinniges Ergebnis. Selbst wenn man eine ausdehnende Auslegung für nötig halten wollte, so würde das doch jedenfalls nicht dazu beitragen, eine Parteistellung des Konkursverwalters zu begründen. Eine ähnliche Bestimmung fehlt vollständig. Beweist § 327 die Parteistellung des Testamentsvollstreckers nicht, so ist er andererseits unter allen Umständen überflüssig, und zwar in gleicher Weise für jede der beiden Theorien. Daß das gegen einen materiell nicht beteiligten Repräsentanten ergehende Urteil gegen diesen nicht wirken kann, folgt für beide Ansichten ohne weiteres aus dem Begriffe einer jeden Repräsentation eines materiell Interessierten. Eine Rechtskraft gegen den Testamentsvollstrecker ist und bleibt ein Unding. Die Bestimmung ist also genau so überflüssig, wie eine Bestimmung es wäre, daß z. B. in den Fällen der §§ 43, 44 GBO. u. 122 FGG. das „gegen den Vertreter" ergangene Urteil nur gegenüber dem Vertretenen wirkt. Der Paragraph kann deshalb mit demselben Rechte als Bestätigung unserer Regel angesehen werden.

Hinsichtlich des Zwangsverwalters weiter herrscht darüber durchweg Einigkeit, daß die Entscheidung ebenso ausfallen muß wie die bezüglich des Konkursverwalters,[2]) und dem ist beizustimmen, weil die gesetzlichen Vorschriften in beiden Fällen zahlreiche Ähnlichkeiten aufweisen.[3]) Wie muß sie aber ausfallen? Partei kann nur gemäß der Zivilprozeßordnung der Schuldner, die zur Sache legitimierte Person sein,[4]) während dem Verwalter nur Prozeßführungsmacht zusteht. Seuffert z. B. vertritt dagegen die Ansicht, daß der Verwalter Schuldner und Gläubiger vertrete. Gegen die Annahme, daß der Schuldner allein der Vertretene sei, wird — besonders auch zugunsten der Amtstheorie — geltend gemacht, daß der Zwangsverwalter auch die Interessen der Gläubiger zu ver-

---

[1]) Ähnlich auch Seuffert a. a. O.

[2]) vgl. Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 263 f.; Jaeckel Bem. 1 zu § 152 ZVG.; Dernburg Bd. 3 § 261 Anm. 10; Stegemann in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 348; ERG. Bd. 24 S. 304.

[3]) vgl. ZVG §§ 148, 152 ff.

[4]) vgl. bes. Peiser S. 95 ff.; Wolff, ZVG. Bem. 1 ff. zu § 152; Kleinfeller S. 121.

treten, auch ihre Rechte zu wahren, wahrzunehmen habe. Aber Rechts- und Interessenvertretung sind auseinanderzuhalten. Der Begriff der Rechtsvertretung ist ein formal-juristischer, der des Interesses ein wirtschaftlicher Begriff.[1]) Das ist auch der Grund dafür, daß sie nicht zusammentreffen müssen, vielmehr durchweg da auseinanderfallen, wo im Interesse der Gläubiger eines Sondervermögens eine gesetzliche Vertretung des Schuldners angeordnet ist. Aber liegt wirklich nur eine Interessenvertretung der Gläubiger vor? Besonders gern wird der Umstand herbeigezogen, daß heute im Gegensatz zum preußischen Recht der Verwalter auch die Rechte der Realgläubiger wahrzunehmen habe, mit dem Hinweis, daß er nach § 152 ZVG. die Ansprüche geltend zu machen hat, auf die sich die Beschlagnahme erstreckt. In der Tat hat er nun auch insoweit diese Ansprüche geltend zu machen, als sie infolge der Unwirksamkeit von Vorausverfügungen den Gläubigern gegenüber trotz der Vorausverfügungen (gemäß §§ 1123 bis 1125 BGB.) von Bestand bleiben. Sind die Ansprüche solche des Schuldners, so kann sich nur fragen, ob eine Vertretung der Gläubiger bei Geltendmachung dieser Unwirksamkeit stattfinde. Diese Geltendmachung der Unwirksamkeit ist nicht Geltendmachung eines Rechtes, sondern die eines Interesses der Gläubiger. Es ist zunächst nicht von einem Anfechtungsrecht die Rede, in dessen Ausübung die Gläubiger vertreten werden könnten; vielmehr sind die Vorausverfügungen ohne weiteres unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist aber kein besonderen Personen zustehendes Recht, sondern ein Negativum mit bestimmten Rechtsfolgen im Interesse der Gläubiger. Gesetzt aber, es wäre hier ein Recht zu konstruieren, so bliebe das Recht jedenfalls dem Gläubiger, und der Verwalter hätte nur gemäß § 152 das allgemeine Verwaltungsrecht in Vertretung des materiell berechtigten und verpflichteten Schuldners, in dessen Kreis auch die Geltendmachung dieser Unwirksamkeit hineinfallen würde; das dem betreibenden oder dem Realgläubiger zustehende Recht würde völlig selbständig neben dem des Verwalters stehen und nicht von diesem ausgeübt werden. Aber der Verwalter hat nur das Negativum der Unwirksamkeit nicht unbeachtet zu lassen, hat die den Gläubigern gegenüber — in ihrem Interesse — unwirksamen Zahlungen usw. nicht anzuerkennen, obwohl der Schuldner persönlich sie sich gegenüber gelten lassen muß. Die Geltendmachung dieser Unwirksamkeit ist also nicht Geltendmachung fremder Rechte, und selbst Wahrnehmung fremden Rechts würde noch nicht dessen Ausübung sein. Nichts widerspricht

---

[1]) vgl. S. 73 ff.

also der Annahme, daß der Schuldner Partei ist. Ergeben sich bei diesem Rechtsinstitut besondere Rechtslagen, wie z. B. wenn der Verwalter gegen den Schuldner, der sich weigert, den Besitz am Grundstück dem Verwalter zu überlassen, gemäß §§ 150 Abs. 2 ZVG., 890, 892, 795 ZPO. die Zwangsvollstreckung betreibt, so erklären sich diese in gleicher Weise wie ähnlich liegende Verhältnisse bei der Konkursverwaltung, auf deren Behandlung daher verwiesen werden kann. Es sei nur kurz erwähnt, daß der Schuldner hier dem Verwalter gegenübertritt als Nichtvertretener, als Disponent seines freien Vermögens, für das er streitet, wenn er sich weigert, das Grundstück herauszugeben, er es von der Verwaltung frei behalten will.[1]

Auch der Nachlaßpfleger ist nicht eine Sonderpartei ohne selbstisches Interesse. Das Gegenteil will Schott[2] damit begründen, daß die Handlungen des Pflegers gültig sind, selbst wenn der Erbe gar nicht vorhanden war oder die Erbschaft ausschlägt. Aber man kann u. E. nicht bezweifeln, daß hier eine Vertretung vorliegt. Sagt doch das Gesetz, daß „für denjenigen, der Erbe wird" eine Pflegschaft (eine Vertretung; vgl. S. 63 f.) angeordnet wird. Offenbar läßt das Gesetz mit diesen Worten nur eine Ausnahme von dem Grundsatze der namentlichen Parteibezeichnung zu, indem es eine Vertretung desjenigen zuläßt, der sich schließlich als der wirkliche Erbe herausstellen wird. Schott übersieht, daß der Name des Erben mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit des Erben und darauf, daß eine Annahme noch nicht erfolgt ist, unerheblich ist, und daß ferner immer noch ein subsidiär vertretener Erbe — dessen Name natürlich ebensowenig genannt zu werden braucht — vorhanden ist, in letzter Linie der Fiskus.

Aus denselben Gründen scheitert auch die Annahme Schotts,[3] daß der für einen nasciturus oder für unbekannte Beteiligte bestellte Pfleger selbst Partei sein müßte, weil keine bestimmte Person vertreten ist; die von dem Pfleger vorgenommenen Handlungen seien gültig, selbst wenn der nasciturus nicht zur Welt

---

[1] Der Sequester der §§ 848, 938 ZPO. wird als Vertreter des Schuldners und des Gläubigers anzusehen sein; so auch Kleinfeller a. a. O. und Seuffert Bem. 2e vor § 50. Dieser weist hier auf die Analogie der §§ 1281, 1285 BGB. hin: Eine Vertretung beider dürfte in der Tat aus diesen Paragraphen zu entnehmen sein; an den Verwahrer wird die Sache nur „abgeliefert"; die Leistung erfolgt aber an die beiden Berechtigten gemeinschaftlich, so daß sich hieraus eine Vertretung bei der Empfangnahme ergibt.

[2] S. 66 ff.; vgl. dagegen Strohal S. 320; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 18 S. 40; Gaupp-Stein Bem. I, 2d vor § 50; Hellwig, Anspruch und Klagrecht nimmt auch hier ein vertretungsfähiges Sondervermögen an.

[3] S. 67 ff.; dagegen vgl. Gaupp-Stein a. a. O.; vgl. §§ 1912, 1913 BGB.

komme oder die unbekannten Beteiligten überhaupt nicht existieren. Ein unbekannter Beteiligter zunächst wird meist vorhanden sein; ist er es nicht, so kann aber auch eine selbständige Parteistellung des Pflegers in seinem Interesse nicht stattfinden, besonders die Wirkungen der Parteistellung können ihm gegenüber nicht eintreten. Im übrigen widerlegt sich Schott trefflich selbst, wenn er mit der Amtstheorie den Pfleger des Abwesenden als Vertreter anerkennt. Daß der (namentlich benannte) Abwesende vertreten wird, ist unbestritten. Damit ist aber offenbar eine Ausnahme vom Grundsatze der §§ 253, 284 ZPO. anerkannt: die Pflegschaft endigt ja nicht mit dem Tode des Abwesenden, sondern erst mit ihrer Aufhebung. Also werden nach dem Tode des Abwesenden dessen (vielleicht unbekannte) Erben ohne Namensnennung der Partei vertreten. Schott meint nun freilich, hier liege es ganz anders als bei der Pflegschaft für den nasciturus, da das Gesetz den Fall, daß der Vertretene nicht mehr lebt, nur als Ausnahme behandle. Ob aber Ausnahme oder Regel, ist es doch eine Ausnahme von dem Grundsatze der §§ 253, 284 ZPO. und nichts anderes, wenn Personen ohne Parteibezeichnung mit peinlicher Namensnennung vertreten werden. Übrigens ist es auch gar nicht viel mehr Ausnahme, daß der vertretene Abwesende inzwischen gestorben ist, als daß der nasciturus nicht zur Welt kommt; das Gesetz behandelt aber kraft einer Fiktion den nasciturus als vorhanden, und kommt er nicht zur Welt, so sind subsidiär Vertretene jedenfalls vorhanden. Ist der Abwesende wirklich gestorben, so nützt sein Name auch nichts mehr und die Erben sind doch die Vertretenen. Schott und die übrigen Anhänger der Amtstheorie geben damit also selbst zu, daß das Gesetz Ausnahmen von jenem formalen Grundsatze schafft. Damit bleibt aber für die Annahme, daß eine eigene Parteistellung des Repräsentanten des nicht namentlich Benannten stattfinde, kein Raum.

Mit dem Treuhänder des alten deutschen Rechts vergleichbar ist der Pfleger eines Sammelvermögens gemäß § 1914 BGB., der schließlich auch [1]) eine der des Konkursverwalters analoge Parteistellung haben soll [2]): die Annahme einer reinen Realpflegschaft

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein Bem. I, 2c vor § 50; Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 264; Schott S. 63f.; and. M. König S. 1ff.; Oertmann Bd. 1 S. 209f.; Fischbach bes. S. 100ff.

[2]) Diese Analogie der Amtstheorie, die in der Literatur vielfach recht kurz abgetan wird, erscheint als besonders beachtenswert, weil hier in der Tat dem Amtsträger, dem Pfleger eine eigene Parteistellung zuzusprechen ist. Wollen wir überzeugend nachweisen, daß trotzdem keine Analogie der Amtstheorie vorliegt, so haben wir zunächst etwas eingehender die einschlägigen materiellrechtlichen Fragen zu prüfen. Dabei können wir freilich zum großen Teil auf König verweisen, der u. E. der Lösung dieser Fragen im allgemeinen wie im einzelnen am nächsten kommt.

ist zu verwerfen;[1]) denn zur Annahme einer repräsentierbaren Vermögensmasse (im Sinne des § 17 ZPO.) zu schreiten,[2]) ist so lange unzulässig, als noch Berechtigte an der Masse in Frage kommen. Auch als juristische vertretungsfähige Person kann die Masse mangels einer schaffenden Bestimmung nicht angesehen werden. Da ein Empfänger ferner noch nicht oder überhaupt nicht in Betracht kommt, kann er nicht der Vertretene sein. Mit König werden wir im allgemeinen zu sagen haben[3]): für das Spendungsgeschäft ist keine typische Vertragsform gegeben, vielmehr entspricht dem tatsächlichen Verhältnis und dem praktischen Bedürfnis die Annahme einer fiduziarischen Eigentumsübertragung der Spender auf den Sammler mit der Bestimmung der Verwendung für den vorübergehenden Zweck. Diese Zweckbestimmung bewirkt, daß das Vermögen sich in einer vorübergehenden Lage befindet. Dadurch wird es zu einem von dem übrigen Vermögen des Sammlers hinsichtlich der Gläubigerhaftung, besonders im Konkurse, rechtlich gesonderten Vermögen, erlangt jedoch keine Persönlichkeit und ist auch nicht einer Person analog zu behandeln. Nach dem Hauptteile des Spendungsvertrages, einem Garantievertrage, verpflichtet sich der Sammler zur zweckgemäßen Verwendung der Spende; durch den Nebenteil desselben wird den Spendern nach Erreichung oder Wegfall des Zwecks ein Rückforderungsanspruch gegeben.[4])

Im einzelnen gestaltet sich die Rechtslage (nach König) so: der „Ausschuß" der Sammler (dem die Stellung mehrerer Pfleger entsprechen würde) ist kein Verein; denn er ist keine korporative Erscheinung, er hat keine korporative Verfassung; auch ist er nicht auf den Mitgliederwechsel berechnet, sondern das öffentliche Vertrauen zu der einzelnen Persönlichkeit, meist einer angesehenen Person, beruft den einzelnen. Die Mitglieder des Ausschusses sind Bevollmächtigte gemäß § 714 BGB., wobei die persönliche

---

[1]) vgl. dazu auch Planck Bd. 5 Anm. 3 zu § 1914.

[2]) Wie Dernburg Bd. 1 § 94 es tut; vgl. dagegen Seckt S. 27; oben S. 2ff.

[3]) Wenn wir zunächst von anderen Personen als dem Pfleger sprechen, so geschieht das im Interesse einer übersichtlichen Ausführung und weil wir zugleich doch mittelbar von ihm handeln, da sich seine Stellung hinsichtlich der zunächst zu behandelnden Fragen von der des Sammlers nicht unterscheidet, wie unten noch näher zu zeigen ist.

[4]) Wir weichen insoweit von König ab, als wir das fiduziarische Eigentum des Sammlers nicht als durch die Unmöglichkeit der Erreichung des Zwecks auflösend bedingt ansehen können. Die Parteien wollen die auflösende Bedingung nicht. Die Konstruktion einer stillschweigenden auflösenden Bedingung bleibt gekünstelt auch bei dem Hinweis, daß es hier anders liege als bei gegenseitigen Verträgen, wo man sicherlich nicht eine derartige stillschweigende Vereinbarung annehmen könne, zumal da sich bei solcher Auslegung jeder vorleistende Gläubiger sichern würde.

Haftung der Vertretenen stillschweigend (infolge des Zwecks der Vertretungsmacht) ausgeschlossen sein wird (vgl. ERG. Bd. 63 S. 65). Es handelt sich ja um eine Vollmacht, deren Umfang im Belieben der Vertragsgegner steht. Gemäß § 736 BGB. haben Kündigung, Tod oder Konkurs eines Mitglieds keinen Einfluß. Das Spendungsgeschäft ist keine Schenkung unter einer Auflage, denn die Auflage ist nur Nebenzweck und grundsätzlich unabhängig von der Schenkung; keine Verwahrung, denn es besteht grundsätzlich keine Rückgabe-, sondern eine Verwendungspflicht; keine Sequestration, denn es wird über die Spende nicht gestritten; kein Auftrag, denn die Weisungen der Spender sind unbeachtlich; kein gegenseitiger Realvertrag, denn das dare ist nicht die Gegenleistung für das facere, nicht das Äquivalent im Sinne der §§ 323 ff. BGB. Das Spendungsgeschäft ist ein unbenannter Vertrag, der meist durch die Beitragsleistung, aber auch schon durch Zeichnung oder formloses Versprechen abgeschlossen wird; denn eine Schenkung liegt nicht vor: Es ist möglich, daß mit der Leistung der einen Partei keine Schenkung, andererseits keine Verpflichtung zu einer Gegenleistung oder zu einer Wiedererstattung begründet, vielmehr ein anderes Ziel erreicht werden soll, das insbesondere auch in einer von der andern Partei vorzunehmenden Handlung zu gemeinnützigen oder idealen Zwecken bestehen kann (ERG. Bd. 62 S. 389). Nichts Besonderes gilt für das Spendungsgeschäft von Todes wegen: Vermächtnis, unter Umständen Erbschaft der Sammler tritt ein. Die §§ 2101, 2162 BGB. können auch hier anwendbar sein.

Werden wir im übrigen auf die treffenden Ausführungen Königs verweisen dürfen,[1] so haben wir doch einige der vorliegenden Rechtsverhältnisse noch zu berühren, und dabei wird in einigen (nicht wesentlichen) Punkten eine Abweichung von der angedeuteten Auffassung Königs geboten sein: daß die Annahme, das Eigentum bleibe den Spendern, nicht richtig ist, ergibt sich zunächst aus den Widersprüchen, die bei einer Durchführung dieser Ansicht zutage treten. Werden der Regel gemäß die gesammelten Geldbeiträge miteinander vermischt und verbleiben sie im Eigentum der Spender, so entsteht Miteigentum derselben nach § 948 BGB. Das Miteigentum ist aber gemäß § 1008 daselbst eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, für die also die §§ 741 ff. gelten müßten. Diese Vorschriften sind durchweg völlig unanwendbar. Einmal müßten nach § 747 die Gemeinschafter über den gemeinsamen Gegenstand und jeder Gemeinschafter über seinen Anteil an der Gemeinschaft verfügen können. Was den wohl allein praktischen letzteren Fall

[1]) vgl. demgegenüber Fischbach bes. S. 82 ff., 100 ff., 145 ff.

angeht, so würde es kein Mittel geben, dem sich eines bessern bedenkenden Spender die Verfügung über seinen Anteil zu verwehren, und ebensowenig würde einer Pfändung des Anteils etwas im Wege stehen. Das Verwaltungs- und Verwendungsrecht des Sammlers steht solchen Handlungen nicht entgegen, denn es ist nur obligatorisch. Man wird natürlich den Vertrag so auszulegen haben, daß der Spender sich verpflichtet, über das Miteigentum nicht zu verfügen, solange der Zweck erreichbar ist. Aber die Befugnis zur Verfügung über den Anteil kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden (§ 137 BGB.),[1] so daß die Verfügung auch einem wissenden Dritten das Miteigentum an den Sachen verschaffen würde, der damit nun frei verfahren könnte. Die Vorschrift des § 399 BGB. steht nicht in Frage, da es sich nicht etwa um Abtretung eines Herausgabeanspruchs gegen den Schuldner, den Sammler handelt, sondern um die Abtretung des Anteils gemäß § 413 BGB., wo ein Schuldner nicht in Betracht kommt. Der Einwand,[2] die Unanwendbarkeit dieser Vorschriften ergebe sich ohne weiteres aus der Zweckgebundenheit des Vermögens, ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil beim Verbleiben des Eigentums bei den Spendern von einem solchen Sondervermögen, das nur bestimmten Gläubigern zugänglich, andern verschlossen sein soll, nicht die Rede sein kann. Die sonstigen Fälle eines Sondervermögens sind erst durch besondere gesetzliche Bestimmungen zugelassen, und reine Parteiabreden, wie sie hier vorliegen würden, könnten ein solches nicht kurzweg bilden (daß dagegen beim Übergange des Eigentums auf den Sammler zwar nicht ein Sondervermögen im strengen Sinne vorliegt, aber doch eine gewisse Sonderung gegenüber den Gläubigern des Sammlers stattfindet, ist gleich zu zeigen). Schon dies zeigt, daß die Spender nicht Eigentümer bleiben, aber auch sonst hat die Rechtslage mit einer Gemeinschaft von Miteigentümern nichts gemein: Jeder Gemeinschafter kann sonst jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§ 749). Nimmt man einen stillschweigenden Ausschluß der Aufhebung nach Abs. 2 an, so kann doch gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, so vor allem bei völligem Vermögensverfall des Spenders. Dann fehlt auch das Recht auf die Früchte nach § 743: Im Gegenteil, was an Früchten gezogen wird, so die Zinsen bei Deponierung des Geldes, fallen in das Sammelvermögen. Sollte jeder einzelne schließlich berechtigt sein, die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber gemäß § 1011 in Ansehung der Sache geltend zu machen? Aber auch die Par-

[1]) § 746 ist nicht anwendbar, da es sich um eine Verwendung handelt.
[2]) So Fischbach S. 145 ff.

teien haben ein solches Rechtsgeschäft nicht gewollt: Sie wollten offenbar doch nicht ein Geschäft, das so mißliche Folgen hätte. Kann aber von einer ausdrücklichen Vereinbarung über die Eigentumsverhältnisse nicht die Rede sein, und kann auch eine Mittelform eines dinglichen Rechts nach Art des fiduziarischen Indossaments Staubs[1]) oder im Sinne Fischbachs[2]) nicht in Frage kommen, so bleibt nur die Möglichkeit, eine fiduziarische Eigentumsübertragung anzunehmen,[3]) eine Übertragung zu vollem Recht, aber zu vorübergehendem Zweck mit dem vertragsmäßigen Versprechen des Sammlers gegenüber dem Spender, mit dem Gegebenen gemäß der Aufforderung oder dem Aufruf zu verfahren (§§ 276 ff. BGB.); das entpricht dem Willen der Parteien. Der Spender will sich des Eigentums begeben und fühlt sich nach der Übergabe an den Sammler nicht mehr als Eigentümer, zumal da er oft unbekannt bleiben und der Sache möglichst fernstehen will. Die Übertragung ist nicht von einem Auftrage begleitet; für diesen ist erforderlich,[4]) daß die Geschäftsbesorgung der fremden Rechtssphäre angehört. Dies ist hier nicht der Fall. Das besorgte Geschäft ist auch nicht teils ein fremdes, teils ein eigenes, so daß die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden wären, soweit ein fremdes Geschäft vorläge. Vielmehr führt der Erwerber des fiduziarischen Eigentums das Geschäft völlig als eigenes. Es gehört nur seiner Rechtssphäre an, wenn auch in gewisser Weise eine Geschäftsführung „für fremde Rechnung" im wirtschaftlichen Sinne vorliegt — eine Unterscheidung, der der Gegensatz zwischen dem hier angewendeten rechtlichen Mittel zu dem wirtschaftlich verfolgten Zweck entspricht. Der Spender bedient sich, indem er sich seines Eigentums begibt, des rechtlichen Mittels der Eigentumszuwendung an den Sammler, der nicht bereichert, nicht „reicher" wird, dem also auch nicht geschenkt wird, damit dieser rechtlich aus seinem Vermögen den Empfänger reicher mache und beschenke, damit der Spender auf diesem Umwege wirtschaftlich schenke. Rechtlich fühlt sich der Spender nicht als Geschäftsherr, will er doch oft der Sache möglichst fernstehen.

Eine wichtige Frage ist noch zu beantworten. Wie ist die Annahme des fiduziarischen Eigentumsübergangs zu vereinigen mit dem Bedürfnis, daß dem Gläubiger des Sammlers, soweit der Sammler nicht das Sammelvermögen repräsentiert, die Spende

---

[1]) vgl. oben S. 23 ff.

[2]) S. 100 ff. bes.

[3]) Bei dieser Annahme ist § 266 Ziff. 1 StGB. auf den Sammler nach dem Wortlaut und Sinne der Vorschrift anwendbar.

[4]) And. M. Oertmann Bd. 1 S. 209 ff.; vgl. dagegen König S. 21 f.; Fischbach S. 30 ff.

entrückt sein muß? Daß das Sammelvermögen dem Sammler eine Bereicherung nicht bringt, ihm wirtschaftlich fremd bleibt und deshalb dem Zugriffe der Gläubiger entzogen ist, folgt für den Konkurs unmittelbar aus § 43 KO., der auch ein persönliches Rückforderungsrecht im Verhältnis zwischen Kridar und Drittem zur Aussonderung des Berechtigten für genügend erklärt.[1]) Für den Konkurs wie für sonstige Exekutionsfälle folgt dies daraus, daß der Sammler das Sammelvermögen nur zu einem vorübergehenden Zweck (§ 1714 BGB.) in seiner Hand hat. Der Berechtigte braucht sich nicht auf eine besondere Arglist des etwa pfändenden Gläubigers zu berufen. Es handelt sich vielmehr um eine „actio doli“ nicht im römischrechtlichen Sinne, sondern im Sinne des heutigen Rechts, die in Anlehnung an Rehbein[2]) dahin aufzufassen ist, daß sie die Hervorkehrung des wirtschaftlichen Verhältnisses gegenüber der äußeren rechtlichen Form bedeutet. Sie greift überall durch, wo die Geltendmachung der nur äußerlichen Rechtsübertragung derartig gegen die Rechtsordnung verstößt, daß ihr der Schutz versagt werden muß, weil das Recht ein anderes als Unrecht ansieht. Allein diese Annahme wird unter Verlassung römischrechtlicher Gedanken der Rechtsordnung unserer Zeit gerecht, die eine Rechtsordnung von Treu und Glauben ist, wie sie an manchen Stellen deutlich zu erkennen gibt. Nicht nur ein vorsätzliches Verstoßen gegen Treu und Glauben verbietet das Recht, sondern es betrachtet auch den objektiven Verstoß gegen Treu und Glauben als Unrecht, so, wenn jemand bei seinem Schuldner eine Sache etwa pfänden will, die dieser nur rechtlich äußerlich zu einem vorübergehenden Zweck, nicht aber wirtschaftlich erworben hat, um die er nicht bereichert, nicht reicher geworden ist. Die fiduziarischen Verträge haben doch — wie anerkannt werden muß —, soweit sie nicht etwa das Gesetz umgehen wollen, dieselbe rechtliche und wirtschaftliche Berechtigung wie jeder andere Vertrag, da auch sie unter den Grundsatz der Vertragsfreiheit fallen. Dieser Grundsatz räumt den Parteien die Möglichkeit ein, ihren Zweck auch durch eine Vereinbarung zu erreichen, die wirtschaftlich über das Beabsichtigte hinausgeht. So wäre es denn auch Unrecht, wollte man hier dem Berechtigten versagen, dem äußerlichen, rechtlichen Verhältnis entgegen das tatsächliche, wirtschaftliche hervorzukehren, gerade dem Gläubiger des Sammlers gegenüber, der sich an die nur fiduziarisch übereigneten Gegenstände halten will, der doch nach Treu und Glauben kein Anrecht auf sie hat. Diese Ansicht findet schon ihre genügende Stütze in

[1]) vgl. im einzelnen v. Wilmowski Bem. zu § 43 KO.
[2]) vgl. oben S. 26 f.

dem sie unmittelbar bestätigenden, schon angezogenen § 43 KO., der u. E. deutlich zeigt, daß das heutige bürgerliche Recht ein Recht von Treu und Glauben im angegebenen Sinne sein soll und ist. Welche Einwendungen dem Berechtigten gegen den Gläubiger gegeben sind, ergibt sich aus dem materiellen Recht, doch können diese Einwendungen nicht kasuistisch aufgezählt werden,[1] vielmehr sind sie den übrigen Gesetzesbestimmungen zu entnehmen. Diese enthalten aber den (objektiven) Grundsatz von Treu und Glauben.

Das Gesagte gilt,[2] wie wir schon erwähnten, zugleich für die Stellung des gemäß § 1914 BGB. bestellten Pflegers,[3] der vermeintlichen Analogie der Amtstheorie. Wann kommt es nun zu einer solchen Pflegschaft, und welche Bedeutung hat sie? Sie findet nach § 1914 statt, wenn der oder die Sammler weggefallen sind, wenn sie also gestorben, geschäftsunfähig geworden oder sonst zur Verwaltung und Verwendung unfähig geworden sind. Am wichtigsten ist der Tod des Sammlers. Stirbt er, so ist infolge seines Todes zwar der obligatorische Teil des Vertrages insofern erledigt, als die Verwaltungs und Verwendungspflicht, die auf der Persönlichkeit des Sammlers beruhte, nicht auf die Erben übergeht, die nur das dingliche Recht, das fiduziarische Eigentum am Sammelvermögen oder dessen Surrogat erben (gemäß § 1922 BGB.). Ein Rückforderungsrecht ist nach dem Vertrage nicht schon mit dem Tode des Sammlers gegeben. Denn mit diesem ist die Erreichung des Zwecks noch nicht unmöglich geworden, erst diese Unmöglichkeit bedingt aber nach dem Vertrage den Rückforderungsanspruch des Spenders, so daß die Spende nicht ohne weiteres von den Erben herausverlangt werden kann. Die Herbeiführung eines Verzichts aller Spender auf den Rückforderungsanspruch, die ja in einer besonderen Gemeinschaft oder Gesellschaft nicht stehen und nicht etwa Mehrheitsbeschlüsse fassen können, sogar teilweise unbekannt sind, wäre wohl schwer durchführbar, wie ihn König[4] will. Da die Erben eine weitere obligatorische Pflicht als Zurückgabe im Falle der Unmöglichkeit des Zwecks nicht trifft, so muß der Staat den Bedachten zu Hilfe kommen, damit der ihnen gewidmete Zweck, der durch den Tod des Sammlers nicht unerreichbar geworden ist, erfüllt werde. Gerade davon, daß ein Rückforderungsanspruch bei seinem Tode noch nicht

---

[1] Was eine Anzahl Vorschriften, die nur eine allgemeine Grenze ziehen, offenbar anerkennen; vgl. z. B. WO. § 82; HGB. § 364.

[2] vgl. auch Fischbach S. 60ff.; König S. 52ff.

[3] Oder der etwa, wie bei besonders großen Sammlungen, bestellten mehreren Pfleger.

[4] S. 53.

besteht, geht auch § 1914 BGB. bei seinem Wortlaut aus. Die Stellung des Pflegers nun wird durch die Fassung des Paragraphen nicht entschieden.[1]) Die Vorschriften über die Pflegschaft finden nur „entsprechende“ Anwendung, d. h. soweit sich aus der Rechtslage nicht ein anderes ergibt. Dies ist aber insofern der Fall, als ein Pfleger, der sonst nur gesetzlicher Vertreter ist, hier ein ihm übertragenes Recht als eigenes selbständig geltend macht, während im übrigen die Vorschriften über die Pflegschaft Anwendung finden, so vor allem hinsichtlich der Pflichten des Pflegers gegenüber dem Vormundschaftsgericht. Da sich im übrigen die Stellung des Pflegers von der des Sammlers nicht unterscheidet, so muß auch, da weggefallene Personen nicht vertreten werden können und andere Personen als Vertretene nicht in Frage stehen, der Pfleger die Rechtsstellung seines Vorgängers, des Sammlers, mit grundsätzlich denselben Rechten und Pflichten erhalten und damit auch das Eigentum an der Spende. Die Annahme, daß die Erben Träger des Eigentums am Gelde bleiben, stößt auf ganz ähnliche Schwierigkeiten wie die eines Verbleibs des Eigentums bei den Spendern; der Pfleger würde dann in seinem Verwaltungs- und Verwendungsrecht ungebührend eingeengt sein. Es kann aber nur Absicht des Gesetzes sein, dem Pfleger diejenige Stellung zu geben, mit der er seinen Aufgaben gerecht werden kann. Der Pfleger erhält also neben seinen Pflichten gegenüber dem Vormundschaftsgericht besonders das fiduziarische Eigentum an dem Sammelvermögen oder dessen Surrogat mit dem vertragsmäßigen Verwaltungs- und Verwendungsrecht, und ebenso ist seine Stellung gegenüber den Beteiligten dieselbe wie die oben erörterte des Sammlers.

So ergibt sich eine materielle Rechtsstellung, die nach allen Seiten hin auch praktisch befriedigen dürfte.

Was ist nun die Folge dieser materiellen Rechtsstellung des Pflegers in den das Sammelvermögen betreffenden Prozessen? Er ist zweifellos ein Amtsträger und doch ist er Partei. Wir müßten ein fiduziarisches Eigentum des Sammlers und Pflegers annehmen. Dieses Eigentum und die aus ihm fließenden Rechte einerseits, besonders das Recht auf Schadensersatz wegen Beeinträchtigung der Masse, die sonstigen aus dem Spendungsgeschäft (infolge Zeichnung usw.) sich für ihn ergebenden Rechte andererseits, besonders auf Leistung der gezeichneten Spenden, erhält der Pfleger zu eigenem Recht; in eigenem Namen macht er diese Rechte geltend. Daneben macht er auch im eigenen Namen die Ansprüche geltend, die er aus selbständig im eigenen Namen für

---

[1]) So auch König und Fischbach a. a. O.

Rechnung des Sammelvermögens mit Dritten geschlossenen Verträgen erwirbt, so die Wandelungs- oder Minderungs-, die Nachbesserungsansprüche, aus Kauf- oder Werkverträgen, Ansprüche, die er als im eigenen Namen erworbene auch im Prozeß als eigene geltend macht. In allen Fällen sind es demnach eigene Rechte und ist es damit eigenes rechtlich geschütztes Interesse, das der Pfleger — als Partei — geltend macht.[1])

So fanden wir hier im Gegensatz zu den anderen Fällen, wo wir in dem Amtsträger einen gesetzlichen Vertreter erkannten, eine eigene Parteistellung eines Amtsträgers. Trotzdem ist aber auch hier eine Analogie zu der von der Amtstheorie gewollten eigenen Parteistellung des Repräsentanten zu verneinen; denn die Parteistellung des Amtsträgers ist hier eine gewöhnliche, da er eigenes Interesse geltend macht und infolgedessen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Partei vollständig Anwendung finden.

§ 4.

Es hat sich also ergeben, daß die Einteilung der Parteien in gewöhnliche und in Sonderparteien nicht gerechtfertigt ist, daß die vermeintlichen Sonderparteien der Amtstheorie sich herausstellen entweder als Parteien der Regelart, der Zivilprozeßordnung oder als Vertreter ohne Parteieigenschaft.[2]) Hat sich damit aber herausgestellt, daß wir in allen diesen Fällen keinen Grund haben, diese als Analogien der Amtstheorien anzuerkennen, so liegt es jetzt noch viel ferner, hinsichtlich des Konkursverwalters eine Ausnahmestellung anzunehmen, zumal da seine Aufgaben und seine Stellung in vielen Punkten der jener Repräsentanten ihrer Parteien gleichen und es keine Bestimmung gibt, die gerade für den Konkursverwalter eine Ausnahme schafft. Jetzt machen wir geltend, daß eine gesetzliche Vertretung des Kridars als eines im Konkurse von der Prozeßführung zurückgedrängten das Natürliche und Naheliegende ist, ferner, daß es für die Vertretertheorien wirklich unbestreitbare Analogien gibt, wie hier kurz zu zeigen ist: Zunächst ist der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter.[3]) Wenn

---

[1]) Auch Fischbach kommt trotz der Annahme, das Eigentum verbleibe den Spendern, im Ergebnis zu demselben Ziele; vgl. besonders S. 106f.

[2]) Auch die Annahme einer „formellen" Partei würde nicht weiter führen; denn unter einer solchen ist eine nicht rechtsfähige Partei zu verstehen, die aus praktischen Gründen durch eine Sondervorschrift ihre Parteistellung erhält. Versteht man unter der formellen Partei aber eine Sonderpartei der Amtstheorie, so ist damit nur eine neue Bezeichnung geschaffen, auf die das oben Gesagte anzuwenden ist.

[3]) §§ 1981 ff. BGB.; vgl. Jaeger, KO. Anm. 10 zu § 6; Kleinfeller S. 121; Planck Bem. 4b vor § 1975; Seuffert, ZPO. Anm. 2b vor § 50;

dieses Rechtsinstitut auch dem des Konkursverwalters nachgebildet ist, so darf die Vertretertheorie doch eine Stütze in ihm suchen. Ist doch jede gesetzliche Bestimmung grundsätzlich selbständig zu fassen ohne Rücksicht auf Analogien vielleicht älterer Bestimmungen. Das Alter der Bestimmungen ist unmaßgeblich. Der Naßlaßverwalter hat ganz ähnliche Aufgaben wie der Konkursverwalter und in Anerkennung dessen gibt das Gesetz jenem eine ähnliche Stellung wie diesem, indem es besonders die für unsre Frage so wichtigen §§ 6 und 7 KO. für anwendbar erklärt.[1] Der Nachlaßverwalter hat die Verwertung des Nachlasses im Interesse besonders der Gläubiger zu besorgen. Daß ihm dabei die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zukommt, sollte bei der klaren Ausdrucksweise des Gesetzes unzweifelhaft sein: Es ergibt sich dies — abgesehen von den §§ 1922, 1953 BGB. — ohne weiteres daraus, daß nicht nur im § 780 Abs. 2 ZPO. der Nachlaßpfleger als Pfleger, sondern auch im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst die Nachlaßverwaltung als Pflegschaft bezeichnet wird. Auf den Pfleger finden gemäß § 1915 die für den Vormund geltenden Vorschriften Anwendung, demnach auch die des § 1793, wo dem Vormund ein (gesetzliches) Vertretungsrecht ausdrücklich zugestanden ist. Er ist Vertreter des Erben bezüglich des Nachlasses.[2] Im Interesse der Kürze gewählte Verweisungen haben aber dieselbe Bedeutung, als wenn eine ausdrückliche Bestimmung erfolgt wäre. Wir verkennen nicht, daß § 1915 nur „entsprechende Anwendung" vorschreibt, d. h. soweit sich aus der Rechtslage nicht ein anderes ergibt. Die Amtstheorie vermag aber keinen Grund anzugeben, weshalb die Regel hier unanwendbar wäre.[3] Daß die Möglichkeit und die Notwendigkeit, die Klage „gegen den Nachlaßverwalter" zu richten, ihm keine eigene Parteistellung gewährt, dürfte S. 34ff. nachgewiesen sein.

Als weitere Analogie mag Erwähnung finden die Stellung der gerichtlich bestellten Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft,[4] die ganz ähnliche Aufgaben haben wie Nachlaß- oder Konkursverwalter, und die vom Gesetze ausdrücklich als Vertreter

---

Staudinger Bd. 5 Bem. Ad zu § 1975 und die dort Zitierten. Die Gegner begründen vielfach, wie z. B. Schott S. 67, ihre Ansicht damit, daß der Nachlaßverwalter nach § 1985 BGB auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich sei, also auch deren Interessen zu wahren habe; vgl. dazu S. 73ff. Hellwig nimmt Vertretung des Sondervermögens des Nachlasses an; vgl. dazu S. 2ff.

[1] § 1984 BGB.

[2] §§ 1922 mit 1975 BGB.

[3] Daß es Ausnahmen, freilich nicht solche im Sinne der Amtstheorie gibt, zeigt das behandelte Institut des Güterpflegers gemäß § 1914 BGB.; vgl. darüber S. 61ff.

[4] vgl. § 146 Abs. 2 HGB.; Petersen-Kleinfeller Anm. 13, 15 zu § 6.

bezeichnet werden (§ 146 Abs. 1 HGB.). Oder wären etwa gerichtlich bestellte Liquidatoren nicht Liquidatoren?

Solange nicht die von der Amtstheorie diesen gegenübergestellten viel zahlreicheren Analogien sich als nichtig herausgestellt haben, ist der Wert unserer Analogien gering. Jetzt aber, wo sich jene als hinfällig erwiesen haben, tragen diese bedeutend zum Beweise bei.

Und vor allem berufen wir uns darauf, daß unser Parteibegriff in der Zivilprozeßordnung seine feste gesetzliche Grundlage hat, während der Amtstheorie eine solche fehlt: Wenn dem Parteibegriff der Amtstheorie alle jene Bestandteile fehlen, die doch seine wichtigsten sind, die nach dem Gesetze erst das Wesen des Parteibegriffs ausmachen, so bleibt nur ein dürres Gerippe, eine gekünstelte Mißgestalt, die den Namen des Parteibegriffs nicht verdient und für deren Dasein die Amtstheorie den Beweis zu führen nicht vermocht hat. Die Parteistellung der Amtstheorie müßte besonders gesetzlich sanktioniert sein, soll sie gegenüber der unmittelbar auf das Gesetz gegründeten Vertretertheorie Anerkennung finden, nicht, wie Lippmann[1]) meint, die Vertretertheorie. Die Amtstheorie will übrigens ja außerhalb des Prozesses eine Repräsentation mit Vertretungswirkung, kurz eine Vertretung; mit der Zustellung einer jeden Klage sollte sich die Stellung in eine Parteistellung verwandeln, die nach dem Gesetze doch nur Ausfluß des eigenen geltend gemachten Interesses ist? Das heißt ein Gebilde mit einem Januskopf schaffen: auf der einen Seite Vertreter, auf der andern Partei, ganz nach den Bedürfnissen des Einzelfalls.

Die Anwendung des Ergebnisses unserer Untersuchung über den Parteibegriff bedeutet zusammengefaßt für unsere Frage folgendes: Der Gemeinschuldner ist es, der die rechtliche Beziehung zum Streitgegenstande hat und daher als Partei zur Sache legitimiert ist. Nur er steht in der erforderlichen rechtlichen Beziehung zur Masse. Der Verwalter dagegen steht zwar auch in einer gewissen Beziehung zum Streitgegenstande, nämlich in der des Verwalters, d. h. aber nur in einer tatsächlichen; denn er ist nicht Subjekt des Anspruchs, er soll durch den Prozeß nicht getroffen werden und ist daher nicht zur Sache legitimiert. Zwar hat er das Verwaltungs- und Verfügungsrecht an Stelle des Gemeinschuldners und als natürliche Folge desselben auch Prozeßführungsmacht hinsichtlich der die Masse betreffenden Prozesse. Aber mit der Übertragung der Prozeßführungsmacht als Ausflusses seiner Verwalterstellung ist ihm noch keine solche rechtliche

---

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 119.

Beziehung zum Streitgegenstande gegeben, auf die sich eine eigene Parteistellung in seiner Person gründen könnte. Verwaltungsrecht und Prozeßführungsmacht schaffen ihm nur die Möglichkeit, die Prozesse selbständig statt des Kridars zu führen. Dieser aber behält die zur Partei legitimierende rechtliche Beziehung zum Streitgegenstand. Dem entspricht, daß jene wichtigen auf diese Rechtsbeziehung vom Gesetze gegründeten Folgen der Parteistellung gegenüber ihm, nicht dem nur in tatsächlicher Beziehung zum Anspruch stehenden Verwalter eintreten. Gegen den Gemeinschuldner ist daher grundsätzlich auch die Klage zu richten. Aber wegen der unabhängigen Vertreterstellung des Verwalters und wegen seiner Verwalterbeziehung zur Masse, die zu einer mittelbaren Parteibezeichnung das gegebene Mittel ist, fordert das Gesetz auch hier nicht eine peinliche Parteibezeichnung gemäß § 253 ZPO.; das Gesetz ist auch hier nachgiebig, läßt eine solche Klage zu, wenn es sogar an einer Stelle [1]) selbst bestimmt, daß eine „Klage gegen den Verwalter zu richten ist“. Diese mittelbare Parteibezeichnung hat den Vorzug, daß sie am besten zugleich angibt, inwieweit der Kridar getroffen werden soll. Eine eigene Parteistellung auf Grund eines eigenen rechtlich geschützten Interesses erhält der Verwalter nur dann, wenn er als materiell Beteiligter, etwa aus § 82 KO. mit seinem eigenen Vermögen in Anspruch genommen wird. Sonst wird um Rechte oder Pflichten des Kridars gestritten, aus seinem Rechte werden Einwendungen entnommen, gegen ihn treten Rechtshängigkeit, Kostenpflicht und Rechtskraft ein. Das Urteil wirkt freilich nur insoweit für und gegen ihn, als er vertreten wird, d. h. hinsichtlich der Masse (§ 6 KO.), nicht hinsichtlich seines konkursfreien Vermögens, um das sich der Prozeß nicht dreht. Nur gegen die Masse richtet sich die Universalexekution während des Verfahrens; die Behauptung Gallingers,[2]) die Vollstreckung richte sich gegen den Verwalter, ist hinfällig; der Verwalter kann nicht „allein freiwillig leisten“, er soll überhaupt nicht leisten, sondern der Kridar durch ihn, und der Verwalter kann jede Vollstreckung gegen sich im Interventionsprozesse abwehren. Eine besondere Frage ist, ob die Feststellungen der Rechtsverhältnisse der Masse und die Handlungen des Verwalters den Kridar auch nach Aufhören des Konkurses binden, was ohne weiteres daraus folgt, daß der Gemeinschuldner im Konkurse vertreten wurde und daß nunmehr zwei Massen nicht mehr bestehen. Deswegen hat der Kridar nun auch jene Feststellungen und Handlungen gegen sein (früheres und jetzt infolge

---

[1]) Genossenschaftsgesetz v. 1. 5. 1889 § 110.
[2]) S. 23.

Beendigung des Konkurses) freies Vermögen grundsätzlich gelten zu lassen, in das daher aus der Tabelle nach dem Gesetze vollstreckt werden kann. Eine Ausnahme hinsichtlich dieser Vollstreckungsart macht das Gesetz in den §§ 164, 144 KO. zum Schutze des durch die Prozeßführungsmacht des Verwalters zurückgedrängten Kridars für den Fall, daß dieser im Feststellungsprozesse die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen ausdrücklich bestritten hat. Dann soll diese einfache Vollstreckungsweise nach der Konkursbeendigung nicht stattfinden.[1]) Diese Bestimmungen ändern natürlich nichts an der Vertreterstellung des Verwalters während des Konkurses. Treffend sagt Wilmowski[2]): „Die Konkursordnung gibt dem Kridar das Einspruchsrecht im Konkurse nur hinsichtlich der außerhalb des Verfahrens oder nach dessen Ende eintretenden Wirkungen, dem Verwalter dagegen das Widerspruchsrecht hinsichtlich des Feststellungsresultats, das für die Beteiligung an der Masse maßgebend sein soll". Für sein freies Vermögen kann der Kridar hier voll prozeßfähig und mit vollem Prozeßführungsrechte ausgestattet auftreten, ohne daß eine Kollision mit seiner Parteistellung im Rahmen der Vertretung eintritt, wie noch unten näher zu zeigen ist. Um das freie Vermögen handelt es sich so in Prozessen über eigentlich zur Masse gehörige, aber freigegebene Gegenstände oder auf seiten des Kridars in den Prozessen, wo nach Bestreiten desselben im Prüfungstermine der zur Zeit der Konkurseröffnung anhängige Prozeß gegen den Gemeinschuldner aufgenommen wird. Die Gegenüberstellung der Prozesse des Kridars bezüglich des freien und des konkursgebundenen Vermögens wird besonders klar, wenn die Prozesse gleichzeitig geführt werden. Dies ist z. B. möglich, wenn der Gläubiger einer bestrittenen Forderung nach § 144 KO. den Prozeß gegen den widersprechenden Verwalter aufnimmt und gleichzeitig gemäß § 144 Abs. 2 der Prozeß gegen den Kridar aufgenommen wird; im ersteren Prozesse macht der Verwalter das rechtlich geschützte Interesse des Kridars an der Masse, in dem letzteren der Kridar selbst sein rechtlich geschütztes Interesse am freien Vermögen geltend.

§ 5.

Wir haben jetzt die weiteren Angriffe daraufhin zu prüfen, ob sie geeignet sind, die Vertretertheorie von anderen Seiten treffend zu Fall zu bringen oder sie doch wenigstens zu zwingen, von ihrem Grundsatze Ausnahmen zu machen: Gewisse Argumente

---

[1]) vgl. §§ 144 ff. KO.

[2]) Bem. 3g vor § 1.

knüpfen nicht unmittelbar an den Parteibegriff an. Wie die Vertretertheorie von dem Begriff der Vertretung auszugehen pflegt, so ist hier zunächst die Bedeutung des Wortes „Amt" festzustellen. Der Ausdruck, den die Konkursordnung an verschiedenen Stellen[1]) gebraucht, ist unmöglich ein Argument für die Amtstheorie.[2]) Das Amt beruht zwar auf dem öffentlichen Rechte, dem öffentlichrechtlichen Bestellungsakt. Doch kann man deswegen nicht Lippmann beistimmen, der annimmt, man könne nicht ein öffentlichrechtliches Amt anerkennen und dann doch den privatrechtlichen Begriff der Vertretung zur Erklärung der Stellung des Verwalters heranziehen. Denn wie überhaupt die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Rechte nicht so scharf zu ziehen ist — kann doch z. B. nach dem Rechte des einen Bundesstaates das öffentliche Recht einen weiteren Umfang haben als in einem anderen —, so ist es auch sehr wohl möglich, daß ein und dasselbe Rechtsinstitut zugleich eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Seite hat. Daß das Gesetz bezüglich der Begriffe Amt und Vertretung dieser Auffassung ist, zeigt sich bei der Regelung der Vormundschaft in unbestreitbarer Weise; der Vormund, ein Amtsträger, vertritt den Mündel. Das Wort Amt würde allein auch gar nicht genügen, die Rechtsstellung des Gemeinschuldners zu erklären. Denn es deutet nur auf die öffentlichrechtliche Seite des Instituts, nur auf die Art der Bestellung für die dem Inhaber zugewiesenen besonders privatrechtlichen Aufgaben hin. Damit wird „nur seine Legitimation, seine Rechtsstellung, zur bestellenden Behörde, nicht sein Rechtsverhältnis zum Kridar bestimmt".[3]) Das Amt ist mit der gesetzlichen Vertretung nicht nur vereinbar, sondern es erhält bei der gesetzlichen, der auf obrigkeitlicher Bestellung oder auf Gesetz beruhenden Vertretung, in dieser erst seine nötige Ergänzung.

Das Reichsgericht[4]) und seine Anhänger wollen weiter durch folgendes Argument ihre Theorie rechtfertigen: der Gemeinschuldner verliere infolge der Konkurseröffnung nichts von seiner Prozeßfähigkeit, sondern nur seine Legitimation zur Sache; diese erhalte der Verwalter. Die Motive sprächen aus, daß dem Kridar die Legitimation zur Sache fehle.[5]) Wo diese ihm aber fehle, da könne er nicht Partei sein. Zunächst sind die Motive zum Beweise nur dann geeignet, wenn die von ihnen begründete Ansicht im Gesetze

---

[1]) So §§ 81, 86 KO.

[2]) vgl. Fitting S. 34; Wach S. 322 Anm. 28; v. Wilmowski S. 26ff. Anm. 3b, e vor § 1.

[3]) Wolff S. 52 KO.; §§ 78, 83, 84 KO.

[4]) ERG. Bd. 29 S. 34.

[5]) vgl. Mot. S. 42.

auch seinen Ausdruck gefunden hat. Das Reichsgericht setzt ferner aber voraus, was es beweisen will.

Die Frage nach der Sachlegitimation[1]) besonders klar gelöst und den Begriff von andern scharf abgegrenzt zu haben, ist u. E. das Verdienst Rosenthals[2]): Sie ist die Frage, ob jemand richtiger, d. h. berechtigter Kläger oder Beklagter, ob jemand zur Geltendmachung des Anspruchs (§ 253 ZPO.) befugt ist. Diese Definition findet ihre Stützen unmittelbar im Gesetze, das von ihr im § 265 ZPO. spricht, ebenso in den §§ 1380, 1402, 1443, 2212 BGB. u. a. Das Berechtigtsein kann nur auf einen materiellen Rechtsbegriff hinweisen, und die Sachlegitimation steht deshalb im Gegensatze zur Prozeßfähigkeit als der Befugnis zur selbständigen klagweisen Geltendmachung, die von gewissen allgemeinen Eigenschaften der Partei abhängt. Denn nach § 241 BGB. ergibt sich, daß der Inhalt eines jeden Schuldverhältnisses ein „Berechtigtsein" ist. Sachlegitimation ist demnach „diejenige rechtliche Beziehung zum Gegenstand des erhobenen Anspruchs (§ 253 ZPO.), aus der die Befugnis folgt, über den Anspruch als Kläger oder Beklagter zu prozessieren". Wer diese Beziehung zum Streitgegenstande hat, bestimmt durchweg das materielle Gesetz, doch finden wir auch Bestimmungen in den Prozeßgesetzen, die (als materielles Prozeßrecht) solche Beziehungen schaffen. Daß eine derartige rechtliche Beziehung zum Streitgegenstande nur der Gemeinschuldner hat, wurde schon gezeigt; er ist daher auch allein zur Sache legitimiert. Was dem Verwalter dagegen zusteht, der ja nur in einer tatsächlichen Verwaltungsbeziehung zum Anspruche steht, ist Prozeßführungsmacht, die Legitimation zur Prozeßführung (in gesetzlicher Vertretung des Kridars). Da also in unserem Falle Prozeßführungslegitimation und Sachlegitimation im Gegensatze stehen, so kann der Verwalter keine Sachlegitimation haben. Die rechtliche Beziehung zum Anspruch ist von der Zivilprozeßordnung ja bei Aufstellung der Vorschriften über die Parteien zugrunde gelegt. Daraus folgt aber, daß die Frage nach der Sachlegitimation von dem Parteibegriffe nicht zu trennen ist. Die Geltendmachung der mangelnden Sachlegitimation bezweckt nicht eine rein prozessuale Entscheidung, sondern eine solche über den Anspruch selbst, weshalb auch grundsätzlich eine Entscheidung über die Sachlegitimation als solche allein unzulässig ist. Die Sachlegitimation ist „keine Eigenschaft der Partei, sondern materielle Bedingung des Sieges",[3]) sie ist „subjektive Seite des Klaggrundes"[4]) und daher nicht anders

[1]) vgl. Jaeger, KO. Anm. 23, 24 zu § 6 und die dort angegebene Literatur.
[2]) In seiner Schrift „Die Sachlegitimation".
[3]) Kleinfeller S. 121.
[4]) Jaeger a. a. O.

zu behandeln als sonstige klagebegründende Tatsachen. Als rechtliche Beziehung der Partei zum Streitgegenstande ist die Sachlegitimation von der Partei nicht trennbar,[1]) und die Frage nach der Sachlegitimation steht und fällt daher mit der nach der Parteistellung. Diese müßte aber zugunsten der Vertretertheorie beantwortet werden.

Wie seine Argumentation zeigt, faßt das Reichsgericht den Begriff der Sachlegitimation anders, und zwar nicht materiell, sondern formell: das Reichsgericht gibt zu, daß der Gemeinschuldner Subjekt der Masse bleibe; und doch soll der Verwalter zur Sache legitimiert sein. Daraus folgt, daß der Begriff der Sachlegitimation, wie ihn das Reichsgericht faßt, die Befugnis zur Geltendmachung fremder Rechte als Selbstpartei ohne materielle Beziehung zum Streitgegenstande (die Sachlegitimation in unserem Sinne) mit umfaßt, daß in der Frage nach der Sachlegitimation zugleich die enthalten ist, ob es nach unserem Rechte überhaupt Parteien ohne selbstisches Interesse gibt. Wenn nun das Reichsgericht sagt, der Gemeinschuldner sei die Partei, weil ihm die Sachlegitimation fehle, so bedeutet der Schluß in Wirklichkeit nur dies: der Kridar ist nicht Partei, weil ihm die Parteistellung fehlt.

Fassen wir kurz zusammen: Entweder ist — wie wir annehmen — Sachlegitimation eine materielle Beziehung zum Anspruch, dann ist der Konkursverwalter zweifellos nicht zur Sache legitimiert, weil ihm diese Beziehung fehlt; oder sie ist eine rein prozessuale Beziehung zum Streitgegenstand, dann ist die Frage nach der Sachlegitimation des Verwalters zu verneinen; denn eine richtige, berechtigte Partei ohne (angeblich) eigenes rechtlich geschütztes Interesse gibt es nach heutigem Rechte nicht.

Hat der Verwalter nach § 6 Abs. 2 das allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich der Masse, so hat er damit ein Recht, das in der Person des Kridars nicht besteht: der § 6 KO. ist — nach dem klaren Wortlaut — in der Tat so aufzufassen, daß das bisherige Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners untergeht und durch ein neues des Verwalters ersetzt wird. Das Reichsgericht erklärt nun,[3]) ein Vertreter könne als solcher nicht Rechte ausüben, die dem Vertretenen nicht zustehen. Dem können wir nicht beistimmen: das Verwaltungsrecht ist ein Ausübungsrecht der dem Kridar auch nach der Konkurseröffnung verbliebenen Rechte, des Eigentums oder der sonstigen dinglichen oder obligatorischen Rechte.[2]) Dies Ausübungsrecht ver-

---

[1]) vgl. auch Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 18 S. 1 ff.
[2]) ERG. Bd. 29 S. 32.
[3]) s. Biermann S. 12 f.

liert der Kridar, und statt seiner wird ein neues Verwaltungsrecht vom Verwalter „ausgeübt“, freilich ein solches, das natürlich dem früheren des Kridars nahesteht. Das schließt aber eine Vertretung keineswegs aus. Das Verwaltungsrecht, das Ausübungsrecht braucht nicht de iure in der Person des Vertretenen zu bleiben, um dann etwa wieder nur repräsentativ „ausgeübt“[1]) zu werden. Da das Verwaltungsrecht Ausübungsrecht ist, so kann dem Wort „ausüben“ im § 6 nur die Bedeutung von „haben“ zukommen. Auch in sonstigen Fällen ist das Verwaltungsrecht dem Vertretenen entzogen und besteht es nur beim Vertreter (Nachlaßverwalter § 1984, Vormund §§ 1793 ff. BGB.). Es ist vor allem ja gerade das Wesen der gesetzlichen Vertretung, daß der Vertreter sein Vertretungsrecht aus dem Gesetze oder durch obrigkeitliche Bestellung für den Vertretungszweck erhält. Das Verwaltungsrecht ist von dem verwalteten Rechte streng zu scheiden.

Der Verwalter erhält gemäß § 6 sein selbständiges Verwaltungsrecht und damit Befugnisse, die sich mit denen des Kridars außerhalb des Konkurses nicht decken. Das allgemeine Verwaltungsrecht enthält vielmehr nach den besonderen weiteren Bestimmungen der Konkursordnung eine Anzahl besondere Befugnisse. In manchen Beziehungen ist nach der Konkursordnung das allgemeine Verwaltungsrecht während des Konkurses ein ganz besonderes. So kann der Verwalter Handlungen des Kridars nach den §§ 29 ff. anfechten,[2]) kann dem Gemeinschuldner im Prozeßwege gegenübertreten,[2]) kann die Verwertung der Masse gemäß den §§ 126, 127 betreiben,[2]) kann den Kridar zum Offenbarungseide zwingen und die Haft gegen ihn beantragen.[3]) In diesen Beziehungen u. a. m. „gehen die Befugnisse des Verwalters“ in der Tat „über den Kreis derjenigen des Gemeinschuldners hinaus“.[4]) Deshalb halten das Reichsgericht und z. B. Lippmann[5]) eine Vertretung für unmöglich. Dem ist aber zu widersprechen: Weil der durch den gesetzlichen Vertreter Repräsentierte (z. B. der Mündel) nicht in der Lage ist zur Ausübung seiner Rechte, hat der Verwalter kraft seines besonderen Verwaltungsrechts diese auszuüben, „und dabei ist es keine Seltenheit, daß der Vertreter dann wirksam Handlungen vornimmt, die der Vertretene nicht vornehmen kann“[6]) ohne daß gerade bei diesen Handlungen die Vertretung aufhörte. Im Gegenteil folgt m. E. schon unmittelbar aus dem Begriffe

---

1) So ERG. a. a. O.; dagegen Jaeger, KO. Anm. 8 zu § 6.
2) s. § 5.
3) s. § 6.
4) ERG. Bd. 9 S. 36.
5) In Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 127, 130.
6) Petersen-Kleinfeller S. 46.

der gesetzlichen Vertretung und ist es nur das Natürliche, daß grundsätzlich der gesetzliche Vertreter im Gegensatze zum gewillkürten[1][2]) für jede einzelne Art der Vertretung verschiedene besondere Vertretungsrechte erhält, wie sie der Sachlage angepaßt sind, und die zum Teil gerade bei Anordnung der gesetzlichen Vertretung deswegen erstrebt werden, weil der Vertretene mit den ihm zustehenden Möglichkeiten nicht genug erreichen kann; und daß aus diesem Grunde der Vertreter sie zum Nutzen des wirtschaftlich und rechtlich Zurückgedrängten, also mit Wirkung für und gegen ihn, d. h. als sein Vertreter ausüben soll. Ein Beispiel mag unsere Ansicht noch bestätigen: A läßt durch den öffentlich bestellten Auktionator X freiwillig Sachen versteigern, die von B erstanden werden. Der Auktionator hat zwar ein Amt; das schließt jedoch nicht aus, daß er den A vertritt, da Amt und Vertretung zusammenfallen können, wie wir sahen. Kraft des ihm erteilten Auftrags erhält X eine Vertretungsbefugnis, deren Umfang sich nach dem Amte bestimmt. Der Anstoß zur Entstehung dieser Vertretungsmacht liegt im Auftrag, und in dessen Ausführung nimmt X dem B gegenüber Handlungen vor, die A selbst mit denselben Wirkungen nicht vornehmen kann, da ihm die Amtsstellung fehlt. Nur der Vertreter kann die Sachen öffentlich versteigern und mit den der öffentlichen Versteigerung eigentümlichen Wirkungen, so der des § 935 Abs. 2 BGB. Die Wirkungen dieser Handlungen treten aber im vollen Umfang für und gegen den A ein; der A ist der Veräußerer und seine Sachen erwirbt B, selbst wenn es abhandengekommene Sachen des wahren Eigentümers, nicht solche des A waren — guten Glauben vorausgesetzt. Der Erwerb des B würde in diesem Falle nicht stattfinden, wenn A selbst veräußert hätte. Und doch ist A in diesem Falle allein derjenige, gegen den die Wirkungen der Veräußerung eintreten, der veräußert, der vertreten wird. Man kann aber nicht annehmen, daß die Vertretungsmacht da haltmache, wo der Vertreter mehr oder anderen Erfolg herbeiführen kann als der Vertretene selbst. Die von dem Repräsentanten vorgenommene Handlung ist wohl immer auch eine derartig einheitliche, daß sie sich in Teile nicht zerlegen läßt. In vollem Umfange tritt die Wirkung dem Repräsentierten gegenüber ein. Ein anderes Beispiel wäre das Besorgen eines Protestes durch eine Protestperson, z. B. den Postboten. Der Vertretene kann den gesetzlich verlangten Protest nicht aufnehmen, und doch ist dieser es, der die Zahlungs- oder

---

[1]) vgl. die Unterscheidung bei Hupka S. 3.

[2]) Der Unterschied zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vertretung ist recht groß, was sich auch im Prozesse zeigt; vgl. z. B. § 473 ZPO.

Annahmeverweigerung festzustellen hat, will er sich den Regreß sichern. So nimmt auch hier der Vertreter als solcher, d. h. mit Wirkung für und gegen den Vertretenen, Akte vor, die nur er vornehmen kann, ohne deswegen weniger Vertreter zu sein.[1]) Das Reichsgericht spricht übrigens an anderer Stelle[2]) selbst aus, daß für den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht der Umfang der dem Vertretenen zustehenden Rechte nicht maßgebend ist. Es erkennt an, daß der eine zwangsweise Versteigerung vornehmende Gerichtsvollzieher, von der Partei im Sinne der §§ 753 ff. ZPO., §§ 675, 622 ff. BGB. beauftragt, dem Ersteher gegenüber als Vertreter mit besonderen Befugnissen auftritt. So liegt es nun auch im Konkurse. Die Eigenart des Verfahrens ist es, daß während dieses Zustands dem Verwalter eine besondere Verwaltungsbefugnis in den gesetzlichen Schranken gewährt wird, die zum Teil außerhalb des Konkurses gar keine tatsächliche und rechtliche Grundlage hat und deren Eigenartigkeiten auf einzelnen Bestimmungen beruhen, auf die wir noch unten zu kommen haben. Soweit er das Verwaltungsrecht Dritten gegenüber ausübt, wirkt es für und gegen den Vertretenen, mag es sich mit dem Rechte des Kridars decken oder nicht.

Manche[3]) machen geltend, unmöglich sei eine Vertretung, die nicht im Interesse des Vertretenen geführt werde, sondern in dem eines Dritten, deren Vorteile also lediglich diesem zufallen[4]): zunächst wird die Vertretung des Kridars nicht im alleinigen Interesse der Gläubiger, sondern auch im Interesse des ersteren geführt. Das Interesse beider ist auf Befriedigung aus der Masse gerichtet, wenn auch das Interesse der Gläubiger bedeutend überwiegen mag. Eher ein Recht der Gläubiger möchte Lippmann nun annehmen als eine Vertretung des Gemeinschuldners, da ihr Interesse berücksichtigt werde. Es wird in erster Linie berücksichtigt. Doch scheitert hieran die Vertretertheorie nicht; denn daß das (wirtschaftliche) Interesse der Gläubiger überwiegt, macht aus dem Interesse noch kein Recht, in dessen Ausübung die Gläubiger vertreten werden könnten. Lippmann meint,[5]) „niemand könne zwei Herren dienen" in dem Sinne, daß niemand zugleich das

[1]) Weitere Beispiele deutet Wach S. 322 Anm. 28 an.

[2]) ERG. Bd. 16 S. 407.

[3]) s. z. B. Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 125; vgl. auch die Vermengung der Begriffe Recht und Interesse bei Seckt S. 79 und bei Neumann Bem. zu § 1985, bei Stegemann in Buschs Zeitschr. Bd. 17 S. 331, bei Schott S. 63 ff.

[4]) Darüber, daß ein der Durchführung der gesetzlichen Vertretung sich widersetzender Wille des Vertretenen nicht in Betracht kommen kann, was aus dem Wesen der Vertretung als einer gesetzlichen folgt, vgl. v. Wilmowski S. 27 Anm. 3 e.

[5]) a. a. O.

Interesse des Vertretenen und eines Dritten wahren könne. Das geschieht aber im wirtschaftlichen und rechtlichen Leben nicht selten. Die Begriffe Interessenvertretung und Stellvertretung dürfen nicht vermengt werden.[1]) Denn die Stellvertretung ist „ein juristisch-formaler Begriff, der jedes Handeln an Stelle eines andern, im fremden Namen umfaßt, gleichviel zu welchem Zweck oder in wessen Interesse".[2] Es handelt sich bei ihm nur um die Frage, wem gegenüber die Wirkungen des Handelns des Vertreters eintreten. Das Interesse dagegen ist in erster Linie ein wirtschaftlicher Begriff, der mit dem der Vertretung nicht nur nicht immer zusammenfällt, sondern in nicht seltenen Fällen vom Gesetze in bewußter Weise geradezu ihm gegenübergestellt wird; das überall da, wo im Interesse bestimmter Personen oder eines besonderen Sonderungszwecks jemand bezüglich eines Sondervermögens gesetzlich vertreten wird. Weil die beiden Begriffe verschiedenen Gebieten entstammen, so brauchen sie nicht zusammenzutreffen. „Wenn von einem Vertreter gesagt wird, er habe bestimmte Interessen zu vertreten, so bedeutet dies nur, zu welchem (wirtschaftlichen) Zweck er die Vertretung der von ihm vertretenen Person zu führen, d. h. deren Rechte auszuüben und deren Verbindlichkeiten zu erfüllen hat."[2]) Und dies ist auch die Auffassung des Gesetzes. Es hält die Vertretung im überwiegenden Interesse Dritter nicht nur für möglich, sondern es bestimmt sogar in manchen Fällen eine besondere Schadensersatzpflicht, wenn sie nicht geschieht. So ist auf den § 1985 Abs. 2 BGB. hinzuweisen, der bestimmt, daß der Nachlaßverwalter bei seiner Verwaltung auch den Gläubigern haftet, verantwortlich ist. Nun ist aber der Nachlaßverwalter gesetzlicher Vertreter des Erben und hat doch im Interesse der Gläubiger zu handeln. Fast gleich liegt es in unserem Falle: auch vom Konkursverwalter verlangt das Gesetz, daß er „zwei Herren diene", daß er verschiedene Interessen berücksichtige, um einer Ersatzpflicht zu entgehen (§ 82 KO.).

Weiter wird[3]) geltend gemacht, nach der Vertretertheorie würden Verbindlichkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und diesem selbst und ebenso Prozesse mit derartigen Parteirollen anzunehmen sein. Dies müsse die Vertretertheorie unmöglich machen, da niemand sein eigener Schuldner sein und vor allem niemand mit sich selbst prozessieren könne. Die Gegner berufen sich besonders auf den § 58 KO., nach dem zu den Massekosten die dem Gemeinschuldner bewilligte Unterstützung gehört. Dem Angriff begegnen

---

[1]) vgl. Hupka S. 2ff.; Biermann, Vertretung und Vollmacht S. 9ff.
[2]) Staudinger Bd. 5 Bem. F zu § 1975.
[3]) vgl. ERG. Bd. 29 S. 33; v. Sarwey-Bossert S. 66.

manche, indem sie das Vorliegen eines solchen Anspruchs überhaupt leugnen; so meint Wolff,[1] er könne nicht vorliegen, da „es vollständig im Willen des Konkursgerichts (§ 129 Abs. 1) oder der Gläubigerversammlung (§ 132 Abs. 1) liege, ob die Unterstützung gewährt werden solle". Läge es so, dann würde ein Recht des Kridars, eine Handlung oder Unterlassung zu verlangen, nicht vorhanden sein.[2]) Man wird aber u. E. der Bestimmung des § 58 entnehmen müssen, daß ein wirklicher Anspruch besteht, und zwar weil der Kridar hier mit den Gläubigern als Massegläubiger völlig auf eine Stufe gestellt ist, so daß er auch wie sie einen Anspruch hat. „Die Unterstützung kann freilich entzogen werden, aber nicht durch die Willkür des Verwalters, sondern nur mit Zustimmung des Gerichts oder der Gläubigerversammlung. Solange kein Widerspruch erfolgt, besteht ein wenn auch nur auflösend bedingter Anspruch."[3]) Besteht aber ein solcher, so fragt sich weiter, gegen wen er sich richtet. Die Masse ist nicht Person; daher kann sie nicht Trägerin von Verpflichtungen sein. Ferner steht fest, daß weder Gläubiger noch Verwalter Subjekt der Masse werden. Es bleibt danach in der Tat nur die Möglichkeit, den Gemeinschuldner, der auch sonst bezüglich der Masse Berechtigter und Verpflichteter ist, einerseits als den Träger dieses Anspruchs und andererseits auch als Träger der Verpflichtung anzusehen. Demnach wäre der Gemeinschuldner sein eigener Schuldner, und diese Annahme würde wirklich gegen den Grundsatz verstoßen, daß bei Zusammentreffen von Forderung und Schuld das Schuldverhältnis erlischt. Aber diese Ausnahme ist vom Gesetze gewollt. Das Gesetz hält an jenem Grundsatze nicht unbedingt fest, sondern macht öfters Ausnahmen, wo das wirtschaftliche Bedürfnis es erfordert. Dies beweist[4]) z. B. § 1009 BGB.: Wird das dem A und dem B gehörige Grundstück zugunsten des A mit einer Dienstbarkeit belastet, so ist der A genau so gut Schuldner des A wie der des B, da sie ja beide in gleicher Weise Miteigentümer sind. Wenn eine Verbindlichkeit im Falle der Konfusion nicht erlischt, so hat das in jedem Falle seinen besondern rechtspolitischen Grund, so z. B. beim Bestehenbleiben des Pfandrechts (§ 1256 Abs. 2 BGB.) im (wirtschaftlichen) Interesse des Eigentümers an dem Fortbestehen. In unserm Falle liegt der Grund in dem wirtschaftlichen Bedürfnis, dem Kridar einen Anspruch auf Unterstützung aus der

---

[1]) In Buschs Zeitschr. Bd. 22 S. 230 ff.; auch Petersen-Kleinfeller Bem. 2 zu §§ 57 ff.; v. Wilmowski Anm. 3 zu § 128.

[2]) Selbst dann bleibt die Frage für ähnliche Fälle brennend; vgl. unten.

[3]) Jaeger, KO. Anm. 8 zu § 58; vgl. auch Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 317 f.

[4]) vgl. ERG. Bd. 47 S. 207; Fischer-Henle S. 584.

durch die Konkurseröffnung gebundenen Masse zu gewähren. Solche (scheinbaren) Verbindlichkeiten eines vom übrigen Vermögen getrennten Sondervermögens des Berechtigten sind übrigens nichts ganz Seltenes: Das Vermögen des Erblassers geht [1]) mit dem Erbfalle als Ganzes auf den Erben über (§ 1922 BGB.). Trotzdem bestimmt § 1978 Abs. 3 ebenda, daß bei angeordneter Nachlaßverwaltung der Erbe aus dem Nachlaß den Ersatz gewisser Aufwendungen verlangen kann, die er vor der Anordnung gemacht hat. Hier wird man das Bestehen einer derartigen Verbindlichkeit nicht leugnen können. Der Anspruch richtet sich gegen das Sondervermögen,[2]) die Erbschaft des Erben, somit gegen den Erben selbst, der dessen Subjekt ist. Daß hier ein Erlöschen nicht eintritt, hängt damit zusammen, daß durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft die Natur einer gebundenen Vermögensmasse erlangt, die einer Einwirkung des Erben entrückt ist. Eine so scharfe Sonderung tritt ein, daß ferner sogar alle Verbindlichkeiten, die schon infolge von Konfusion erloschen waren, da der Erbe der eine Teil und der an Stelle des Erblassers getretene Erbe auch der andere Teil durch den Erbgang wurde, jetzt gemäß § 1991 Abs. 2 BGB. wieder aufleben. Dies ist möglich und vom Gesetze zugelassen, weil mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung, die, wie wir sahen, gesetzliche Vertretung ist, das Interesse der Gläubiger dem des von der Masse etwas fordernden Erben gegenübertritt, so daß eine Interessenkollision nicht mehr in Frage steht. So gibt das Gesetz dem Erben einen Anspruch gegen sein gebundenes Vermögen, genauer sich selbst; da durch Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft nicht Person wird, noch etwa auf die Gläubiger oder gar den Verwalter, der ja zu der Masse nur in seiner tatsächlichen Verwaltungsbeziehung steht, materielle Verbindlichkeiten übergehen, so kann es nur bei der Rechtslage des § 1922 bleiben. Ganz ähnlich tritt nun in unserm auch wirtschaftlich ähnlich liegenden Falle gemäß den §§ 3, 6, 7 KO. eine solche Gebundenheit der Konkursmasse ein. Im Nachlaßkonkurse leben wie bei der Nachlaßverwaltung erloschene Verbindlichkeiten der eben besprochenen Art wieder auf.[3]) Schon hieraus geht zur Genüge hervor, daß im Konkurse derartige Verbindlichkeiten vom Gesetze anerkannt werden. Nur auf den ersten Blick kann auch die Sachlage auffallen. Dann — abgesehen von der Sonderung der Masse vom freien Vermögen [4]) — ist die Schuld vor allem nicht von dem von jeder

[1]) vgl. Jaeger, KO. Bem. 2 zu § 57.
[2]) vgl. Fitting S. 30.
[3]) vgl. § 224 KO. Ziff. 1, 6.
[4]) vgl. Jaeger, KO. Anm. 57 zu § 1.

Verwaltung zurückgedrängten Gemeinschuldner selber, sondern von seinem kraft der Amtsstellung unparteiischen und unabhängigen gesetzlichen Vertreter, dem Verwalter zu berichtigen. Dieser tritt auch hier als Vertreter des Kridars auf, denn hier hat der Gemeinschuldner nicht wie gewöhnlich die Stellung des vertretenen Kridars als solchen, sondern hier hat das Gesetz ihm eine Stellung zugewiesen, die ihn völlig auf gleiche Stufe mit anderen Massegläubigern hebt, d. h. die Stellung eines Dritten. Soweit der Kridar als Träger des Rechtes in Frage steht, wird er nicht vertreten, ist er Dritter. Macht er doch hier einen Anspruch geltend, der sein konkursfreies Vermögen betrifft, das er um die Unterstützung vergrößert wissen will und hinsichtlich dessen er nicht vertreten ist und volle Prozeßführungsmacht hat. Damit ist der Vertretungsgedanke völlig gewahrt. Da nun der Anspruch besteht, so muß er auch im Wege der Klage geltend gemacht werden können. Die grundsätzliche Erzwingbarkeit des Anspruchs im Klagewege, wie sie z. B. im preuß. allgem. Landrecht[1]) ausgesprochen war, folgt für das heutige Recht aus der Natur des Anspruchs. So wenig es befremdlich erscheinen durfte, daß der Kridar als Subjekt seines freien Vermögens einen Anspruch gegen sich als das Subjekt der Masse, vertreten durch den Verwalter, hat, so wenig kann es, da der Prozeß nur die Form der Geltendmachung des Anspruchs (§ 253 ZPO.) ist, wundernehmen, daß der Gemeinschuldner in den Prozessen, die diesen Anspruch betreffen, sowohl die Rolle des Klägers als die des Beklagten, vertreten durch den Verwalter, hat: der Verwalter kann hier ebensowenig wie anderswo Partei sein, und die Gläubiger haben ebenfalls nicht die geforderte rechtliche Beziehung zum Streitgegenstand. Hier liegt eine vom Gesetz gewollte Ausnahme von dem Grundsatze vor, daß niemand zugleich Kläger und Beklagter des Prozesses sein kann, einem Grundsatz, der natürlich mit Rücksicht auf die Natur des Prozesses z. B. Wach[2]) im allgemeinen zuzugeben ist. Eine Ausnahme macht aber hier das Gesetz im wirtschaftlichen Interesse, die anzuerkennen um so weniger gewagt ist, als hier im Prozesse auf der einen Seite der Gemeinschuldner in seiner Stellung als eines Dritten, auf der anderen sein gesetzlicher Vertreter in unabhängiger Amtsstellung streitet. Die gesetzliche Vertretung im Interesse der Gläubiger ist es freilich eigentlich erst, die eine solche Prozeßführung ermöglicht, zusammen mit dem Umstande, daß die gesetzliche Vertretung nur die Masse, nicht das freie Vermögen umfaßt. Tatsächlich stehen sich infolgedessen zwei

---

[1]) Einleitung § 89.
[2]) S. 532.

voneinander unabhängige Personen gegenüber, von denen jede einen gesonderten Teil des Vermögens des Kridars repräsentiert. Tatsächlich kann so ein Prozeß, ein Interessenstreit stattfinden, so gut, wie wenn Kläger und Beklagter verschiedene Personen wären. Damit ist auch der vom Reichsgericht[1]) mit anderen Worten ausgesprochene, anzuerkennende Grundsatz gewahrt, daß nur einander widersteitende Interessen im Prozeß geltend gemacht werden können.[2]) Wo diese widerstreitenden Interessen fehlen, ist ein Prozeß ausgeschlossen, und wo sie im Prozesse wegfallen, fällt der Prozeß in sich zusammen.[3]) So kann z. B. auch in unserem dem § 1009 BGB. entnommenen Beispiel der A nur gegen den B, nicht aber gegen den Miteigentümer A klagen. Daß aber zwei verschiedene Personen sich als Kläger und Beklagter gegenüberstehen müßten, kann ausnahmslos nicht behauptet werden; denn sonst müßte man — offenbar ohne gerechten Grund — dem Erben die Einklagung der oben angeführten Ansprüche bei angeordneter Nachlaßverwaltung versagen, die unbestreitbar eine gesetzliche Vertretung mit sich bringt. Weshalb sollte aber das Gesetz hier den Erben verlassen wollen. Die Klage des Erben geht, selbst wenn sie „gegen den Nachlaßverwalter" gerichtet wird, in Wahrheit gegen den Erben. So liegt es auch in unserem Falle: die Wirkungen des Urteils, das den Kridar abweist, treten gegen ihn als Repräsentanten seines freien Vermögens ein. Er hat als Unterliegender die Kosten zu tragen, und zwar mit seinem freien Vermögen, für das er streitet. Gewinnt er aber den Prozeß, so treten die Wirkungen auch hier gegen ihn als den Beklagten ein, der verloren hat. Die Kosten treffen ja als Massekosten die Masse, also den Kridar. Diese Wirkungen gegen ihn in beiden Fällen sind nicht ungerecht, vielmehr einfach daraus zu erklären, daß er durch seinen Konkurs die Verwaltung und Vertretung sowie auch die zur Durchführung dieser erforderlichen Kosten veranlaßt hat, die ihm daher zur Last fallen. Zusammenfassend werden wir sagen müssen: Zunächst ist rechtlich der Vertretene nur insoweit Partei, als er vertreten wird; im übrigen steht er außerhalb des Prozesses, ist er Dritter. Diese Unterscheidung folgt aus dem Wesen des Konkurses. Das Prozessieren mit sich selbst ist hier aber durch das Mittel des Verwalters möglich; von einer Interessenkollision ist nicht die Rede, weil der gesetzliche Vertreter die Interessen derjenigen zu wahren hat, die den Kridar wirtschaftlich in die Stellung

---

[1]) ERG. Bd. 7 S. 404.

[2]) Wegen des Erfordernisses beiderseitigen Gehörs.

[3]) vgl. Wach a. a. O.; Gaupp-Stein Bem. III vor § 50; vgl. auch ERG. Bd. 47 S. 16.

eines Dritten verdrängt haben, und weil er kraft seiner Amtsstellung nicht für den Kridar parteiisch handelt. So erscheint der Kridar, soweit er als Gegner seinen ihm gesetzlich zuerkannten Anspruch geltend macht, nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich als Dritter, und einem Prozesse mit sich selbst in dieser Art steht nichts im Wege.

Ähnliches ist von einem Kontrahieren des Gemeinschuldners mit sich selbst zu sagen. Von Prozessen, die eine so entstandene Verpflichtung betreffen, gilt das oben Gesagte in vollem Umfang. Aber auch die jetzt angeschnittene Frage soll, obwohl sie über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgeht, der Möglichkeit späterer Zusammenfassung halber kurz erörtert werden. Will der Verwalter den Kridar z. B. in einem Gewerbe- oder Handlungsdienstvertrage zum Nutzen der Masse anstellen, etwa weil der Kridar besonders oder gar allein geeignet ist, gewisse die Masse betreffende Verrichtungen vorzunehmen, so wird einem solchen Vertragsschlusse des Gemeinschuldners mit sich selbst — um einen solchen dreht es sich ja, da der Verwalter nur vertritt — nichts im Wege stehen. Praktisch ist ein solcher Vertrag im Konkurse, wie auch z. B. bei der in der Frage nach den Repräsentationsverhältnissen gleich liegenden Zwangsverwaltung, keine Seltenheit. Aber auch einer rechtlichen Probe hält der Vertrag stand: Der § 181 BGB. setzt dem Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst seine Grenzen, eine Bestimmung, die bedeutend weitergeht als unsere Annahme, da hier nicht durch das Mittel eines gesetzlichen Vertreters in einer Weise wie in unserem Falle die Interessenkollision ausgeschlossen ist. Da das Gesetz eine allgemeine Regel nicht enthält, so wird es das Gegebene sein, den Willen des Gesetzes[1]) dahin auszulegen, daß — abgesehen von besonders geregelten Fällen — mit Rücksicht auf die Natur des Vertrages und der bei seinem Abschluß durchweg stattfindenden Interessenkollision das Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich gesetzwidrig, also nichtig sein soll, daß das Gesetz aber ganz bestimmte Ausnahmen zuläßt, wo eine solche Interessenkollision nicht in Frage steht, so wenn wie im Konkurse oder in der Zwangsverwaltung eine Spaltung des Vermögens der mit sich selbst kontrahierenden Person in einer Weise eintritt, daß tatsächlich der gesetzliche Vertreter infolge seiner unparteiischen Amtsstellung bei der Wahrung der Gläubigerinteressen einer neuen Person, einer Partei gleichsteht.

Der für unsere Frage wichtige Grundsatz muß lauten: Eine Person kann mit sich selbst kontrahieren und prozessieren, wenn sie hinsichtlich eines Teiles ihres Vermögens vertreten wird und

---

[1]) In gewisser Anlehnung an § 181 BGB.

die Person diesem Vermögen gegenüber als Nichtvertretener, als Dritter auftritt, sie also die einander widerstreitenden, rechtlich und wirtschaftlich einander gegenübertretenden Rollen beider Teile in ihrer Person vereinigt und wenn infolge der Vermögensspaltung die Interessenkollision nach der gesetzlich geschaffenen Rechtslage (des Sondervermögens) vom Gesetze verneint wird; doch sei besonders betont, daß — von Sonderbestimmungen abgesehen — diese eigentümliche Rechtslage nur in Fällen stattfinden kann, wo das Gesetz besonders durch Aufstellung von Bestimmungen, die dem Vertretenen die Möglichkeit geben, sein eigener Schuldner zu sein, und durch Aufstellung eines gesetzlichen Vertreters zur Wahrung des Sonderungszwecks, eines Vertreters, der die Durchführung des Interessenstreites, des Prozesses ermöglicht, das Vorliegen einer Interessenkollision beim Kontrahieren und Prozessieren des Vertretenen mit sich selbst verneint. Es sind demnach ausnahmsweise Schuldverhältnisse und dem entsprechend Prozeßverhältnisse anzuerkennen, bei denen es sich zwar nicht um verschiedene Personen, wohl aber um widerstreitende Interessen handelt. Die Richtigkeit dieser Annahme bestätigt u. E. ohne weiteres das Gesetz: Einmal durch Aufstellung des schon behandelten § 1978 Abs. 3 BGB. Wenn ferner hier in unserem Falle die beiden gegnerischen Rollen in der Person des Vertretenen vereinigt sind, ohne daß ein Zusammenfallen des Schuldverhältnisses eintritt, so fragt es sich nur noch, ob eine Durchführung dieser Rollen an der Interessenkollision scheitert. Dies verneint das Gesetz aber, indem es eine Anzahl besonderer Vorschriften (teils hinsichtlich des Kridars, teils bezüglich des Verwalters) aufstellt, die unmittelbar die Auffassung des Gesetzes ergeben; eine ausdrückliche Erklärung, daß diese Interessenkollision nicht vorliege, kann natürlich vom Gesetze nicht erwartet werden.[1])

So sind wir auch hinsichtlich dieses Punktes nicht gezwungen, einen unlöslichen Widerspruch anzunehmen, wie z. B. Endemann es[2]) will, der diesen „Widerspruch" freilich mit in den Kauf nehmen will, weil er im übrigen den Vertretungsgedanken für unerläßlich notwendig hält.

Schließlich wird noch der Einwand erhoben, daß der Verwalter gegen den Gemeinschuldner die Zwangsvollstreckung betreiben könne,[3]) was mit den Grundsätzen der Vertretung nicht

---

[1]) Dieselbe Rechtsstellung ist z. B. auch gegeben, wenn ein Prozeß zwischen Kridar und Verwalter über die Zugehörigkeit von Gegenständen zur Masse geführt wird. Die von Oetker in Buschs Zeitschr. Bd. 25 S. 17 Anm. 9 angenommenen Konstruktionsschwierigkeiten erweisen sich demnach als nicht bestehend.

[2]) Konkursverfahren S. 424 und in Buschs Zeitschr. Bd. 12 S. 534 f.

[3]) vgl. dazu Wolff S. 51.

zu vereinigen sei: Die §§ 126, 127 KO. geben dem Konkursverwalter das besondere Recht, die unbeweglichen und unter gewissen Voraussetzungen die mit Absonderungsrechten behafteten beweglichen Gegenstände der Masse im Zwangswege zu verwerten. Auch hier werden wir an unserm Grundsatze festhalten müssen[1]: Zweck dieser Vorschriften ist eine möglichst einfache Veräußerung der Gegenstände, damit, soweit die Ansprüche der Absonderungsberechtigten nicht aus dem Erlöse zu befriedigen sind, der Überrest in die Masse fließen kann. Läge eine Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner im eigentlichen Sinne vor, so wäre der Vertretungsgedanke hier nicht durchzuführen; denn der Gemeinschuldner müßte dann in beiden Rollen Partei sein, und zwar, ohne daß dem Gemeinschuldner hier die Stellung eines Dritten zukäme. Er würde, vertreten durch den Verwalter, gegen sich als Gemeinschuldner selbst die Zwangsvollstreckung betreiben. Aber um eigentliche Zwangsvollstreckung handelt es sich hier gar nicht. Das geht schon aus der Konkursordnung selbst hervor, wenn sie von einer „Verwertung" spricht. Sie sagt nicht, daß die Akte Zwangsvollstreckung seien, vielmehr bestimmt sie nur die Anwendung der Grundsätze über „Form und Wirkung der Zwangsvollstreckung".[2] Sowenig wie die Verwertung der Masse im Konkurse, der Generalexekution, sonst Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne ist, sondern Zwangsverwertung zur Befriedigung der Gläubiger und in diesem Rahmen gesetzliche Vertretung des Kridars, sowenig liegt eine solche hier vor. Die Annahme einer eigentlichen Zwangsvollstreckung wäre auch nicht durchführbar. Zum Beginne einer solchen ist grundsätzlich ein vollstreckbarer Titel erforderlich.[3] Einen solchen braucht der Verwalter gemäß dem Zwecke einer einfachen und schnellen Verwertung nicht beizubringen;[4] auch braucht er die beweglichen Gegenstände nicht etwa noch besonders pfänden zu lassen[5]: Nur die Verwertung selbst erfolgt nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, die Voraussetzungen richten sich dagegen nicht nach diesen, sondern sie sind in den §§ 126, 127 KO. enthalten. Daß hier ein Recht der Gläubiger ausgeübt werde, ist ebensowenig anzunehmen wie bei der grundsätzlichen Verneinung einer Vertretung der Gläubiger und aus denselben Gründen. Die Gläubiger sollen ferner ja nach dem Zweck der Vorschriften gerade von der ihnen an sich zustehenden Vornahme der Zwangsvollstreckung aus-

[1]) vgl. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 22f.
[2]) Wolff, KO. S. 327.
[3]) §§ 704ff. ZPO.
[4]) vgl. v. Wilmowski S. 362.
[5]) vgl. ERG. Bd. 58 S. 12.

geschlossen und auf den Erlös angewiesen sein, daher auch nicht vertreten werden in einer solchen Zwangsvollstreckung, sobald der Verwalter die Verwertung der Gegenstände in die Hand nimmt. Der Verwalter soll ihnen zuvorkommen dürfen, um der Masse kurzerhand die Hyperocha zu sichern. Kommt aber weder eine Vollstreckung der Gläubiger noch eine solche des Gemeinschuldners gegen den Gemeinschuldner in Frage, so bleiben einfache Rechtsverhältnisse: Der Gemeinschuldner tritt nicht in beiden Rollen auf, sondern, vertreten durch den Verwalter, handelt er gegenüber den Erstehern, und sein wird der Überschuß, der in die Masse kraft Surrogation[1]) fällt. Was den Willen und das Interesse des Kridars betrifft, so gilt auch hier das oben Gesagte. Das Recht, die Verwertung in der angegebenen Art zu betreiben, ist aufzufassen als Ergänzung des sonstigen Verwaltungsrechts des Verwalters, „vom Gesetze gewollt",[2]) aber kaum als Eigentümlichkeit zu bezeichnen: Es ist nur eins jener oben besprochenen nicht seltenen Rechte, die das Gesetz dem Verwalter als dem gesetzlichen Vertreter zuweist, die über die Befugnisse des Kridars selber hinausgehen und deren Ausübung trotzdem für und gegen den Vertretenen wirkt.

§ 6.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist also, zusammengefaßt: Der § 6 KO. kann nicht anders ausgelegt werden als dahin, daß der Konkursverwalter sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners im Interesse der Gläubiger ausübt. Das Handeln „an Stelle" des Kridars ist außerhalb wie innerhalb des Prozesses eine (gesetzliche) Stellvertretung. Dieses Resultat gilt aber, da wir es als Grundsatz gefunden haben, grundsätzlich für alle durch den Verwalter geführten Prozesse, für die Aktiv- und Passivprozesse über die Teilungsmasse, so die Absonderungs- oder Aussonderungsprozesse[3]) sowie Prozesse mit Massegläubigern, grundsätzlich auch für diejenigen über die Schuldenmasse. Dabei ist es gleichgültig, ob die Prozesse erst während des Konkursverfahrens anhängig werden, oder ob sie, die Masse betreffend, schon vor der Konkurseröffnung

---

[1]) Die Masse ist ja eine gebundene universitas iuris.

[2]) Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 22.

[3]) vgl. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 39ff.; Rosenthal S. 73: „Soweit der Verwalter insbesondere Aussonderungsansprüche bekämpft, handelt er auf Grund der ihm übertragenen Befugnis und an Stelle des Kridars, der sich, wenn es nicht zum Konkurse gekommen wäre, darüber schlüssig zu machen hätte, ob er einen derartigen Anspruch anerkennen oder bestreiten wolle. Nicht lediglich die Tatsache des eigenen Besitzes macht der Verwalter geltend".

für den Gemeinschuldner (§ 10 KO.) oder gegen ihn (§ 11 KO.) anhängig waren, durch die Konkurseröffnung unterbrochen[1]) und später vom Verwalter aufgenommen werden. Auch hier kann, wie Schultze des näheren[2]) ausführt, der Verwalter so wenig Partei sein wie sonst, und die Ansicht der Motive,[3]) der Gemeinschuldner höre auf, zur Sache legitimiert zu sein, findet hier nicht mehr als oben im Gesetz eine Stütze.

Eine wichtige Ausnahme wird nun selbst von Anhängern der Vertretertheorie[4]) behauptet für diejenigen Prozesse, in denen eine Anfechtung gemäß den §§ 29 ff. KO. erfolgt. Der Beweis jedoch, daß hier eine Ausnahme vorliegen müsse, ist gegenüber dem gefundenen Grundsatze nicht zu erbringen. Wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, ist zunächst ein Wille des in Konkurs befindlichen Schuldners insoweit nicht zu berücksichtigen, als er dem Konkurszwecke widerstrebt, und wird eine Vertretung des Gemeinschuldners nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Anfechtung dem Interesse der Gläubiger dient. Wie ferner sonst der gesetzliche Vertreter Rechte ausüben kann, die dem Gemeinschuldner selbst nicht zustehen oder zustanden, so kann begrifflich auch der Verwalter das Recht haben, Rechtshandlungen des Kridars, seines gesetzlich Vertretenen, anzufechten, obwohl deren Anfechtung gewiß selten dem tatsächlichen Willen des Kridars entspricht, zumal da sie sich öfters als strafbare Handlungen entpuppen. Die Gegner berufen sich auf die Bestimmungen über die außerkonkursliche Anfechtung,[5]) aus denen hervorgehe, daß das Recht der Anfechtung dem geschädigten Gläubiger gegenüber dem dritten Erwerber zustehe. Für die konkursmäßige Anfechtung liegen aber besondere tatsächliche Verhältnisse vor und gelten auch besondere rechtliche Vorschriften; die beiden Anfechtungsrechte sind trotz mancher Ähnlichkeit verschieden.[6]) Wenn nun im Konkurse die Anfechtung den Gläubigern (der Masse) gegenüber Unwirksamkeit hervorruft, d. h. hier obligatorische Rückerstattungspflicht zur Masse eintritt, so beweist das keineswegs, daß das Recht, die Anfechtung geltend zu machen, auch den Gläubigern zusteht. Auch hier sind die Begriffe Interesse und Recht scharf zu trennen. Die Anfechtung ruft Un=

[1]) § 240 ZPO.

[2]) S. 82 ff.

[3]) S. 42.

[4]) vgl. Jaeger, KO. Anm. 1, 2 zu § 29; Schultze S. 64 ff.; Rosenthal S. 73 ff.; von der Amtstheorie v. Sarwey=Bossert S. 65; Lippmann S. 130 ff.; dagegen Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 45 ff.; Petersen=Kleinfeller Anm. 15 zu § 6; v. Wilmowski S. 29 Anm. 3 h S. 175 Anm. 2.

[5]) Gesetz v. 21. 7. 1879.

[6]) vgl. unten S. 85.

wirksamkeit „den Gläubigern gegenüber", d. h. in ihrem Interesse, im Interesse der Masse, herbei. In ihrem Interesse sind nach Ausübung des Anfechtungsrechts die Rechtshandlungen als nicht vorhanden zu betrachten. Das Anfechtungsrecht selbst aber steht gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 36 KO. dem Verwalter zu. Außerhalb des Konkurses kann das Anfechtungsrecht nur von dem Gläubiger in seinem Interesse ausgeübt werden, einfach deswegen, weil sonst niemand in Frage kommt. Wenn aber § 36 KO. bestimmt, das konkursmäßige Anfechtungsrecht „werde vom Konkursverwalter ausgeübt", so liegt, da die beiden Anfechtungsrechte nicht dieselben sind, kein Grund vor, bei dem völlig gleichen Wortlaut des § 36 mit dem des § 6 Abs. 2 im § 36 eine Ausnahme des entwickelten Grundsatzes des § 6 anzunehmen. Daß das Recht durch den Verwalter „ausgeübt" wird, beweist nicht, daß es einem andern zustehe. Wie oben der Verwalter das Verwaltungsrecht hat, so bedeutet auch hier das Wort „ausüben" nichts anderes als „haben". Wir behaupten nicht, daß das Recht in der Person des Gemeinschuldners bestehe. Es würde sich gegen ihn selbst als Gemeinschuldner zwar nicht richten, da die Anfechtung dem Dritten gegenüber erfolgt. Aber der Annahme würde m. E. der § 36 widerstreiten, der dem Verwalter das Anfechtungsrecht unmittelbar gibt, ohne es erst in der Person des Vertretenen entstehen zu lassen. Ist doch das fragliche Recht ein ganz anderes als etwa das Anfechtungsrecht wegen eines Willensmangels gemäß den §§ 119, 120, 123 BGB. Dieses Recht wird im Konkurse gemäß § 6 Abs. 2 KO. vom Verwalter in Vertretung geltend gemacht, während es dem Vertretenen auch zusteht.[1] Das konkursmäßige Anfechtungsrecht dagegen ist zu jenen Rechten zu zählen, die der gesetzliche Vertreter im Rahmen eines allgemeinen Verwaltungsrechts ohne Rücksicht auf die dem Vertretenen zustehenden Befugnisse erhält, und deren Ausübung trotzdem dem Vertretenen gegenüber wirkt. Daß das außerkonkursliche Anfechtungsrecht mit diesem Rechte manche Ähnlichkeit hat, dürfte nicht maßgebend sein. Den Ausschlag muß m. E. vielmehr die Fassung des § 36 KO. in Verbindung mit dem gefundenen Grundsatz der Vertretung geben und die Erwägung, daß die Konkursanfechtung unter dem Einfluß des ganzen Verfahrens steht. Einheitliche Befriedigung der Gläubiger ist der Zweck des Verfahrens, und in dessen Verfolg sollen an sich wirksam übertragene Vermögensstücke zur Masse zurückgezogen werden können, soweit das Interesse der Gläubiger es erfordert. Zur Erreichung dieses Zwecks[2] gibt das Gesetz dem Verwalter das Recht der Anfechtung,

[1] vgl. Petersen-Kleinfeller Anm. 15 zu § 6.
[2] vgl. v. Wilmowski S. 29 Anm. 3h.

damit er seiner Amtsaufgabe, der Befriedigung der Gläubiger in Vertretung des Kridars, besser nachkommen kann, ein eigenes Vertretungsrecht mit Wirkung gegenüber dem Vertretenen und im Interesse der Gläubiger,[1]) auf deren Befriedigung das ganze Verfahren abzielt, geschaffen, um Verstöße des Vertretenen gegen dieses Gläubigerinteresse wieder gutzumachen.

Eine Parteistellung der Gläubiger ist nicht nur aus dem Gesetze unbegründbar, sondern ergibt auch hier jene unhaltbaren Folgen,[2]) besonders die Unbegründbarkeit der Rechtskraft und der Kostenpflicht auf seiten des Kridars. Eine ausnahmsweise Vertretung der Gläubiger hier im allgemeinen anzunehmen und dann doch hinsichtlich gewisser Folgen der Parteistellung zum Grundsatz der Vertretung des Kridars zurückzukehren, wie Jaeger[3]) es will, heißt aber den Parteibegriff völlig zerreißen. So führt auch nur die Annahme der Vertretung des Gemeinschuldners zu einem der Sachlage entsprechenden Ergebnis.

Auch der Hinweis Wachs[4]) auf den § 13 AnfG. ist nicht überzeugend: die Vorschrift bestimmt u. a., daß nach der Konkurseröffnung „die Verfolgung der von den Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Verwalter zusteht". Daß das Anfechtungsrecht im Konkurse dem außerhalb desselben in manchen, ja den meisten Beziehungen gleicht, muß zugegeben werden. Andererseits ist aber auch unbestreitbar, daß die beiden Anfechtungsrechte Verschiedenheiten aufweisen, so z. B. das konkursmäßige in der Rücklieferungspflicht zur Masse gemäß § 37 KO. (und dem gegenüber § 7 AnfG.). Insoweit liegen Verschiedenheiten der Rechte vor, als die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes von den §§ 29 ff. KO. inhaltlich verschiedene Voraussetzungen und Folgen der Rechte aufstellen.[5]) Da dies aber der Fall ist, so sind die Rechte verschieden, weil eben das Recht als gedachte Beziehung nur nach seinen Voraussetzungen und Wirkungen gemessen werden kann. Damit ist die Berufung auf diese Vorschrift hinfällig: Die Konkursgläubiger hatten die außerkonkurslichen „Anfechtungsansprüche erhoben", „die Verfolgung dieser Ansprüche" — das kann nach dem Gesagten nur heißen: das weitere Vorgehen in der Anfechtung — steht dem Verwalter zu. Ist das Anfechtungsrecht im Konkurse ein (wenn auch nur in wenigen Beziehungen) anderes, so kann aber das außerkonkursliche Anfechtungsrecht im Konkurse nicht mehr ausgeübt werden, die Gläubiger können auch hin-

---

[1]) vgl. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 50, 51.
[2]) vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 372 Anm. 31.
[3]) KO. Anm. 5 zu § 36
[4]) S. 589 Anm. 5.
[5]) vgl. im einzelnen v. Wilmowski S. 662 Bem. 6 vor § 1 AnfG.

sichtlich desselben nicht mehr vertreten werden.[1]) Die Natur des Anfechtungsrechts im Konkurse und seine Geltendmachung bestimmen sich vielmehr nach den Vorschriften der Konkursordnung, besonders den §§ 36 u. 6 Abs. 2; bei ihrer Auslegung aber mußten wir bei der Regel bleiben.

So ergibt sich für uns das Anfechtungsrecht als ein Vertretungsrecht des Verwalters, da es nur bei Geltendmachung im Konkurse in Betracht kommt, aufschiebend (gesetzlich) bedingt durch diese Geltendmachung, und, da es dem Verwalter nur selbst im Interesse der Gläubiger, nur im Konkurse zusteht, der Gemeinschuldner ja kein Anfechtungsrecht hat, vielmehr an seine Rechtshandlungen gebunden ist, auflösend bedingt durch die Konkursbeendigung, so daß der Gemeinschuldner nach beendetem Konkurse nur wegen der Kosten den Prozeß fortführen kann.[2]) Dabei ist es aber nicht als Masseaktivum aufzufassen,[3]) da es sich um ein Recht des Verwalters handelt, in dessen Ausübung er den Kridar vertritt, d. h. dessen Ausübung diesem gegenüber wirkt. Zur Masse gehört nur Vermögen des Kridars (§ 1 KO.).

Anhänger der Amtstheorie nehmen weiter an, jedenfalls müsse eine Ausnahme zugegeben werden für die Prozesse, in denen Massegläubiger gegen den Verwalter ihren Anspruch geltend machen. Verpflichteter sei die Masse, nicht der Kridar. „Ein zivilrechtlich verpflichtetes Subjekt für diese Schulden sei nicht vorhanden.“[4]) Ist aber „ein Subjekt für die Schuld nicht vorhanden“, so kann von einer Schuld nicht die Rede sein. Weil das ganze Sondervermögen der Masse weiter Vermögen des Kridars bleibt und dieses als solches keine Schulden haben kann, auch der Verwalter nicht verpflichtet wird und ebensowenig die Gläubiger Erwerber der Masse mit den daran haftenden Verpflichtungen werden, so ist hier für eine Ausnahme im Gesetze kein Halt: Die Massegläubiger genießen bevorrechtigte Befriedigung vor den Konkursgläubigern aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, der der Verpflichtete ist und bleibt,[5]) gegen den sich auch hier der Anspruch richtet.

Schließlich wird von den Gegnern[6]) wohl als das schlagendste

---

[1]) Eine Rechtsnachfolge des Verwalters findet nicht statt; and. M. Wach a. a. O. Die Annahme einer Fortsetzung des alten Prozeßverhältnisses steht damit nicht in Widerspruch; vgl. Kleinfeller S. 440.

[2]) vgl. ERG. Bd. 52 S. 331ff, Bd. 58 S. 418.

[3]) And. M. ERG. Bd. 52 S. 333.

[4]) Lippmann in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 127; vgl. dagegen die Beweisführung Wolffs in Buschs Zeitschr. Bd. 22 S. 207ff.

[5]) vgl. Petersen-Kleinfeller Vorbem. zu §§ 57—60.

[6]) vgl. ERG. Bd. 29 S. 29ff.; v. Sarwey-Bossert S. 65; dagegen besonders v. Wilmowski Bem. 3i vor § 1.

Argument der Vertretertheorie entgegengehalten, daß der Verwalter vom Gemeinschuldner gemäß § 100 KO. Auskunft verlangen und bei Nichterfüllung die Haft gegen ihn beantragen, ihn auch gemäß § 125 KO. zum Offenbarungseide laden kann. Das Recht, Auskunft, Haft oder Offenbarungseid zu verlangen, kann schwerlich als Recht des Gemeinschuldners als solchen gedacht werden. Es würde sich unmittelbar gegen ihn selbst richten: der Gemeinschuldner würde, vertreten durch den Verwalter, gegen den Gemeinschuldner vorgehen. Ferner tritt der Verwalter nicht als Vertreter der — nicht vertretungsfähigen — Masse auf. Dann kann nach einer jeden „Vertretertheorie" der Verwalter nicht selbst Partei sein, weil dies hier wie oben mit dem Parteibegriffe unseres Rechts unvereinbar ist. Die Amtstheorie hält es für unmöglich, daß hier ein Recht des Verwalters vorliegen könne, das nicht erst in der Person des Gemeinschuldners, sondern unmittelbar in der des Vertreters entstände und mit Wirkung dem Vertretenen gegenüber ausgeübt werde. Sie nimmt offenbar weiter wie auch die in diesem Punkte abweichenden Anhänger der Vertretertheorie an, daß hier die tatsächliche und damit auch die rechtliche Grundlage für eine Vertretung überhaupt, nämlich ein Auftreten des Verwalters mit Wirkung für und gegen den Kridar gegenüber einem Dritten fehle. Die dies annehmenden Anhänger der Vertretertheorie müssen einen andern Ausweg, einen andern Vertretenen suchen. Für sie bleibt nur die Möglichkeit, hier die Gläubiger als die Vertretenen anzunehmen in Ausübung eines Gläubigerrechts. Bei der Anfechtung z. B. lag es zweifelhaft so, daß hier die Erklärung einem Dritten (Empfänger) gegenüber abgegeben wurde, also die Voraussetzung für eine Vertretung gegeben war. Aber auch hier bleibt die Einheitlichkeit unseres Grundsatzes bei genauerer Betrachtung doch völlig gewahrt: In Wirklichkeit liegt doch eine Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter vor. Einerseits wird der Kridar nur hinsichtlich der Masse, nur als Gemeinschuldner vertreten, im übrigen ist er nicht vertretene Person; und andererseits stellt das Gesetz den Kridar unter Umständen einem Dritten völlig gleich, wie wir sahen. So liegt es nun auch hier; der Gemeinschuldner wird als solcher vertreten, nicht dagegen soweit der Kridar mit vollem Prozeßführungsrecht ausgestattet geblieben ist, nicht soweit es sich um das konkursfreie Vermögen handelt oder das Gesetz ihm sonst die Stellung des Dritten zuweist; insoweit steht seine Eigenschaft als Kridar nicht in Frage (§§ 3, 6, 7 KO.). Bei Vollziehung der fraglichen Sicherungsakte durch den Verwalter handelt es sich auf seiten des S c h u l d n e r s durchweg um das freie Vermögen. Der Gemeinschuldner wird hier (als Schuldner) als besondere Auskunfts-

person verwendet durchweg darüber, welche Gegenstände zur Masse gehören, also auf seiten des Schuldners, welche seinem freien Vermögen zufallen. Das konkursfreie Vermögen ferner steht auf seiten des Schuldners in Frage, wenn Besorgnis besteht, daß er Gegenstände der Masse verheimlicht, sie seinem freien Vermögen zuschlagen werde und deswegen die Haft beantragt wird; oder wenn besorgt wird, daß solche Handlungen schon stattgefunden haben und deshalb der Schuldner zum Offenbarungseide geladen wird. Daß es sich hierbei bei diesen Sicherungsakten auf seiten des Verwalters um die Masse handelt, ist selbstverständlich und unbestritten; auf seiten des Schuldners — und das steht in Frage — wird das freie Vermögen repräsentiert. Dies gilt freilich nicht für die Fälle, in denen der Verwalter Auskunft oder Haft verlangt, ohne daß es sich um das freie Vermögen auf des Schuldners Seite dreht. Aber auch hier ist für die Vertretungsfrage das Ergebnis kein anderes; denn nur soweit die Repräsentation des Kridars hinsichtlich der Masse in Frage steht, ist er auf seiten des Verwalters Partei; indem das Gesetz den Schuldner hier nur als Auskunftsperson verwendet,[1]) gibt es ihm insoweit die Stellung des Nichtvertretenen, des Dritten, und der Vertretungsgedanke ist auch hier gewahrt. Kommt doch seine Eigenschaft als vertretener Gemeinschuldner hier gar nicht in Frage, sondern einzig und allein seine Auskunftspflicht. Soweit der Gemeinschuldner auf seiten des Verwalters — auch hier in Ausübung eines jener über die Befugnisse des Vertretenen hinausgehenden und doch ihn treffenden Rechte — vertreten wird, ist er der Regel nach als Gemeinschuldner Partei, im übrigen Nichtpartei. Auf seiten des Schuldners — hinsichtlich seines freien Vermögens und seiner Auskunftspflicht — ist er kraft der ihm gesetzlich zugewiesenen Stellung als Schuldner Partei, auch gegenüber dem Gemeinschuldner, der Masse aktiv und passiv legitimiert. Daß sich bei Geltendmachung dieser Sicherungsakte des Verwalters eigenartige Parteirollen ergeben, ist nicht befremdlich mit Rücksicht auf die Beschränkung der gesetzlichen Vertretung auf die Masse, auf die Amtsstellung des gesetzlichen Vertreters sowie auf die oben dem Gesetze entnommenen Analogien, die uns zeigten, daß eine solche Stellung des Kridars in beiden Rollen an einer Interessenkollision — auf diese kommt es an — nicht scheitert, das Gesetz vielmehr durch manche seiner Bestimmungen das Vorliegen einer Interessenkollision verneint.

Grundsätzlich ist es der Verwalter, der diese Sicherungsrechte hat. Daß daneben auch die einzelnen Gläubiger — in ihrem

---

[1]) So auch v. Wilmowski Bem. 3 i vor § 1.

Zusammenwirken im Gläubigerausschuß und auf Anordnung des Gerichtes hin auch in der Gläubigerversammlung — die Befugnisse der §§ 100, 101 KO. haben, beweist nicht, daß der Verwalter den Gläubiger vertritt, wenn er — vielleicht neben jenem — völlig von dem Gläubiger unabhängig sein Recht geltend macht. Dasselbe gilt auch für die Ladung zum Offenbarungseide, zumal da der § 125 KO. die Träger der beiden Rechte gegenüberstellt, wenn er bestimmt, daß „der Verwalter oder ein Gläubiger" das fragliche Recht hat. Dies Recht des Gläubigers, den Schuldner zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, ist ein ähnliches Recht wie das Aufsichtsrecht des Gläubigers in Gläubigerausschuß und -versammlung, und der Zweck des Rechts ist hier wie dort Kontrolle im Interesse der Gläubiger, ohne daß hier — wie in jenen Fällen — der Verwalter Vertreter des oder der Gläubiger wäre. So zwingt uns auch hier nichts, unsern Grundsatz zu verlassen.

Es ergibt sich also, daß die Prozeßführung des Verwalters „an Stelle" des Kridars in Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts nach § 6 Abs. 2 KO. ohne Ausnahme in gesetzlicher Vertretung des Kridars erfolgt.

Zweiter Teil.

§ 7.

Hat sich damit in völlig einheitlichem Grundsatze gezeigt, daß in den vom Verwalter geführten Prozessen der Gemeinschuldner die Partei ist, so haben wir uns jetzt weiter die Rechtsstellung des Gemeinschuldners insofern zu vergegenwärtigen, als die praktischen Folgen dieses Ergebnisses in Frage stehen. Wir betrachten diese in vergleichender Gegenüberstellung mit den Ergebnissen der Amtstheorie, zugleich um zu prüfen, welche der Theorien dem praktischen Bedürfnis am meisten entspricht. Scheiden wir jene wichtigen, den Parteibegriff nach unserem Rechte eigentlich ausmachenden Folgen der Parteistellung aus, die die Amtstheorie nicht zulassen will und kann, so zeigt sich, wie schon hier erwähnt werden mag, daß im wesentlichen das Ergebnis der Theorien ein übereinstimmendes ist — abgesehen von einer wichtigen Ausnahme:

Äußerlich tritt die verschiedene Auffassung darin zutage, daß die Amtstheorie den Konkursverwalter als Partei zu bezeichnen hat, während die Vertretertheorie die Wahl hat, ob sie den Gemeinschuldner als Partei unmittelbar bezeichnen oder sich — was vorzuziehen sein dürfte — zur Bezeichnung ihrer Partei des Mittels des Verwalters bedienen will, wie das Gesetz es, eine Ausnahme von den §§ 253, 313 schaffend, selbst zuläßt. Durch diese den Verkehrsbedürfnissen sich anpassende, nachgiebige Auffassung des Gesetzes wird schon dieser grundsätzliche Unterschied erheblich verwischt.

Wie steht es ferner mit der Möglichkeit einer Streitgenossenschaft oder einer Nebenintervention des Kridars? Nach der Amtstheorie sind sie ohne weiteres möglich, weil nach ihr der Gemeinschuldner nicht Partei ist und als Dritter, soweit er nicht repräsentiert wird, als Disponent über sein freies Vermögen besonders, als Streitgenosse oder Nebenintervenient neben dem Verwalter auftreten kann — soweit natürlich die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 59 ff. ZPO. vorliegen. Aber auch für die Vertretertheorie trifft im Ergebnis völlig dasselbe zu. Es ist

voranzuschicken, daß die Möglichkeit der Streitgenossenschaft oder Nebenintervention keineswegs schon deswegen ausgeschlossen ist, weil wir es mit einer und derselben Person zu tun haben; denn sowenig es unmöglich war, daß der Gemeinschuldner, soweit er als Dritter, besonders als Disponent seines freien Vermögens in Betracht kam, sein eigener Schuldner und durch das Mittel des Verwalters sein eigener Prozeßgegner sein konnte, da das Gesetz, das dem Gemeinschuldner die einander widerstreitenden Rollen durch seine Bestimmungen zuweist, für ihre Durchführung — der Sachlage entsprechend — das Vorliegen einer Interessenkollision durch seine Vorschriften nicht anerkennt, sowenig ist es eben wegen dieser gesetzlichen Verneinung der Interessenkollision ausgeschlossen, daß im Prozesse des Verwalters neben dem Gemeinschuldner der Schuldner oder Gläubiger auftritt.

Was zunächst eine Streitgenossenschaft des Kridars als nicht vertretener Person betrifft, so kann sie wie nach der Amtstheorie nur stattfinden, wo der Kridar nicht schon durch den Verwalter repräsentiert wird; denn soweit ist er durch die Prozeßführungsmacht desselben ausgeschlossen. Einen Fall der vorbezeichneten Art der Streitgenossenschaft legt das Gesetz uns in den §§ 144 Abs. 2 u. 146 Abs. 3 KO. nahe: Da in der Regel der Verwalter vom Gemeinschuldner die vermeintlich oder wirklich gegen eine angemeldete Forderung begründeten Einwendungen erfährt, sie also beide dieselben Einwendungen für begründet halten werden, ergibt sich regelmäßig als die Folge, daß auch beide im Prüfungstermine der Feststellung der Forderung widersprechen. Kommt es dann zur Klage gegen beide, so liegt schon wegen der zu erwartenden gleichen Einwendungen eine Verbindung der Prozesse zu gemeinsamer Verhandlung und Aburteilung besonders nahe. Tritt sie ein, so ist eine Streitgenossenschaft der angegebenen Art gegeben.[1]) Es ist hier nun nicht die rechtliche Natur der vom Gesetze[2]) so genannten Feststellungsklage gegenüber dem Verwalter zu prüfen.[3]) Sie mag eine besonders geartete Feststellungsklage oder eine Leistungsklage (auf Beseitigung des Widerspruchs) sein, jedenfalls ist sie von der Klage gegenüber dem bestreitenden Gemeinschuldner verschieden, da sie einen andern Inhalt hat. Diese letztere Klage will eine Feststellung hinsichtlich des freien Vermögens (besonders nach dem Konkurse), nicht hinsichtlich der Masse

---

[1]) vgl. Jaeger, KO. Bem. zu § 144 Abs. 2 S. 132; Rosenthal S. 72; and. M. v. Wilmowski Bem. 6 zu § 144.

[2]) vgl. § 146 KO.

[3]) vgl. ERG. Bd. 24 S. 407 ff.; in dieser Entscheidung liegt der Fall so, daß der Verwalter nicht widersprochen hat. Doch treffen auch die Ausführungen des RG. für unsere Frage im wesentlichen zu.

als solcher wie jene Klage gegen den Verwalter. Da die beiden Klagen trotz eines vielleicht fast gleichlautenden Antrags einen grundverschiedenen Gegenstand haben, so kann auch eine verschiedene Entscheidung hinsichtlich beider ergehen, und die beiden Gegner des Gläubigers sind auch nicht aus einem sonstigen Grunde notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO.; ist doch gerade die Vollstreckung in beiden Fällen eine ganz verschiedene. Jedoch liegt eine echte Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 ZPO. vor; die beiden Gegner des Gläubigers sind aus demselben (tatsächlichen und rechtlichen) Grunde angeblich verpflichtet, nämlich aus derselben angemeldeten Forderung, wenn auch der Gegenstand der Klage ein wesentlich verschiedener ist. So zeigt sich, daß hier eine Streitgenossenschaft zwischen dem Kridar als solchem, vertreten durch den Repräsentanten der Masse, und dem Schuldner als Repräsentanten des freien Vermögens stattfindet. Im übrigen richtet sich die Möglichkeit einer derartigen Streitgenossenschaft nach den allgemeinen Grundsätzen.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus ist auch die Möglichkeit einer Nebenintervention des Kridars neben dem Verwalter, seinem Vertreter, anzuerkennen.[1]) Nur so weit kann man eine Nebenintervention des Kridars zugestehen, als er nicht schon durch den Verwalter repräsentiert wird. Ob ferner die Voraussetzungen der §§ 66 ff. ZPO., besonders die des rechtlichen Interesses an dem Obsiegen der Partei, vorliegen, ist hier wie sonst Frage des einzelnen Falles. Oft wird ein solches rechtliches Interesse des Gemeinschuldners bezüglich seines freien Vermögens vorhanden sein, so z. B. wenn der Verwalter die Teilungsmasse durch Heranziehung von tatsächlich der Masse fehlenden, aber zu ihr gehörigen Gegenständen des Gemeinschuldners vervollständigen will; denn die Gestaltung der Masse steht im engsten rechtlichen Zusammenhange mit der späteren Haftung des Gemeinschuldners mit dem freien Vermögen; die Rechtsverhältnisse des freien Vermögens sind in höchstem Maße abhängig von denen der Masse. Aber in einigen Gruppen von Fällen wird doch ein rechtliches Interesse des Kridars zu verneinen sein: So zunächst hinsichtlich der Feststellungsprozesse. Ein Interesse des Gemeinschuldners kann hier in zweierlei Weise in Betracht kommen; einmal hat er ein Interesse daran, daß infolge unbegründeter Anmeldung von Forderungen die Masse nicht ohne Rechtsgrund belastet werde. Doch wie das Reichsgericht[2]) treffend ausführt, fällt dieses Interesse mit dem

---

[1]) vgl. Jaeger, KO. Anm. 29 zu § 6; Seuffert, ZPO. S. 111 hinsichtlich des Nachlaßverwalters.

[2]) ERG. Bd. 28 S. 422 ff.

der Gläubiger zusammen und hat vor allem der Konkursverwalter dieses Interesse der Gläubiger und zugleich des Kridars unter dessen Ausschluß kraft seines Prozeßführungsrechts zu wahren, wobei der Kridar ihn durch Aufklärung über Einwendungen gegen die Forderung unterstützen und wozu er ihn gegebenenfalls durch eine Beschwerde anhalten kann.[1]) Da er den Kridar insofern rechtlich wie hinsichtlich seines wirtschaftlichen Interesses repräsentiert, ist ein besonderes rechtliches Interesse am Obsiegen der Partei nicht mehr anzuerkennen. — Weiter steht ein Interesse des Gemeinschuldners insofern in Frage, als ihm daran liegt, zu verhindern, daß eine Zwangsvollstreckung aus der Tabelle in sein freies Vermögen (nach der Konkursbeendigung) stattfinde. Hiergegen gibt das Gesetz ihm aber — eine lex specialis schaffend — einen besonderen Rechtsbehelf in dem Widerspruch gemäß § 146 KO.: Durch ausdrückliches Bestreiten kann er die Vornahme jener einfachen Vollstreckungsweise in sein freies Vermögen verhindern. Aber nur durch dieses; denn hat er den Widerspruch versäumt, so ist er damit ausgeschlossen,[2]) hat also auch kein anderes Mittel mehr, die Vollstreckung aus der Tabelle zu verhindern. Das Gesetz weist den Kridar diesen besonderen und einzigen Weg, so daß für eine Nebenintervention kein Raum bleibt.

Bestritten ist ferner die Frage nach der Möglichkeit einer solchen Nebenintervention für die Anfechtungsprozesse: Ausscheiden muß jedenfalls ein Beitritt auf der Seite des Verwalters; denn während der Gemeinschuldner an seine Rechtshandlungen gemäß §§ 29 ff. KO. gebunden ist und eine Anfechtbarkeit nicht geltend machen kann, gibt das Gesetz dem Verwalter das Anfechtungsrecht, damit er die Handlungen des Kridars in Vertretung desselben im Interesse der Gläubiger, der Masse anfechte; dem Gemeinschuldner aber ist ein solches Recht nicht zugestanden; er darf auch nicht auf dem Umwege eines Beitritts nur neben dem Konkursverwalter im eigenen Interesse am Obsiegen der Partei ein solches Anfechtungsrecht mittelbar ausüben. Davon sollte er, der an seine Handlungen ja gebunden ist, gerade ausgeschlossen werden, und deswegen erhält nach dem Gesetze der Verwalter unmittelbar das Anfechtungsrecht als Teil seines allgemeinen Verwaltungsrechts. Das rechtliche Interesse am Obsiegen der Partei hat ihm das Gesetz damit abgesprochen.

Fraglich kann es weiter sein, ob im Anfechtungsprozesse der Kridar dem Anfechtungsgegner beitreten kann. Dies wird wohl[3])

---

[1]) vgl. RG. a. a. O.
[2]) vgl. Jaeger, KO. Bem. 11 zu § 146.
[3]) So v. Wilmowski Bem. 18 zu § 29.

verneint mit der Begründung, durch eine solche Nebenintervention würde dem Gemeinschuldner die Möglichkeit gegeben, auf die Masse einzuwirken und mittelbar über sie zu walten. Nun steht freilich die Verwaltung und Verfügung sowie die Prozeßführung hinsichtlich der Masse dem Verwalter allein zu. Den Ausschlag muß aber u. E. der Umstand geben, daß der Gemeinschuldner bei erfolgreicher Anfechtung dem Anfechtungsgegner regreßpflichtig bleibt. Zwar ist[1]) nicht zu leugnen, daß der Kridar durch eine Nebenintervention hier in gewisser Weise in der Lage ist, mittelbar auf die Masse einzuwirken. Diese Einwirkung ist aber nur eine mittelbare; der Nebenintervenient tritt auf wegen seines Interesses am Obsiegen der Partei; er ist nicht Beistand oder Vertreter. Dies eigene Interesse ist aber dasjenige an dem freien Vermögen. Als Repräsentant seines freien Vermögens tritt der Kridar auf, dieses verteidigt er neben dem Repräsentanten der Masse. Dabei dürfen ihm als dem gegebenenfalls Regreßpflichtigen die Vorteile einer Nebenintervention nicht deswegen vorenthalten werden, weil unter Umständen die mittelbare Folge der Verteidigung seines freien Vermögens eine Einwirkung auf die Masse sein kann.[2]) Das hieße eine ungerechte Beschränkung des ohnehin durch seine mißliche Lage beschwerten Gemeinschuldners anerkennen.

Ein geringfügiger Unterschied stellt sich bei Beendigung des Konkurses heraus: Nach der Amtstheorie geht der Prozeß ohne Unterbrechung auf den nun nicht mehr repräsentierten Gemeinschuldner über, da nach ihr nicht „die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vertreters der Partei aufhört“,[3]) während nach der Vertretertheorie, die dies annimmt, eine Unterbrechung stattfindet. Doch ist dies ein praktisch wenig erheblicher Unterschied.

Im übrigen geht nach Beendigung des Konkurses der Prozeß nach beiden Ansichten in gleicher Weise in seinem derzeitigen Zustande über, soweit nicht beide Theorien für besondere Prozeßarten, so für die Anfechtungsprozesse Einschränkungen zu machen haben.

Ein praktischer Unterschied ist ferner nicht vorhanden bezüglich der den Prozeßgang selbst betreffenden Handlungen. Die Tätigkeit im Prozesse auf seiten der Parteien läßt sich im wesentlichen zerlegen in die Handlungen des Verhandelns, Gestehens und des Schwörens der Parteieide: Verhandeln kann zunächst der Verwalter als gesetzlicher Vertreter kraft der ihm zustehenden

---

[1]) vgl. Jaeger, KO. Bem. 9 zu § 36.

[2]) Auch sonst wird ja durch Zulassung der Nebenintervention dem Beitretenden eine gewisse Einwirkung einer Nichtpartei auf den streitigen Gegenstand gestattet.

[3]) § 241 ZPO.

Prozeßführungsmacht genau so gut wie als Selbstpartei, zumal da auch nach der Vertretertheorie allein dem Verwalter die wirksame Verhandlung bezüglich der Masse gestattet ist, während dem Gemeinschuldner nur ein Bestreiten mit Wirkung für sein freies Vermögen nach der Konkurseröffnung zusteht. Gestehen weiter kann der Verwalter in gleicher Weise als Partei wie als gesetzlicher Vertreter — auch hier unter völligem Ausschluß des Kridars. Die Schiedseide schließlich kann nach beiden Theorien nur der Verwalter schwören, da er sie als gesetzlicher Vertreter mit gleicher Wirkung wie die Partei selbst leistet.

§ 8.

Hinsichtlich eines besonders wichtigen Umstandes aber scheint auf den ersten Blick die Vertretertheorie, wenn sie theoretisch auch allein zu rechtfertigen ist, praktisch ein unbefriedigendes Ergebnis zu liefern und hierin besonders der Amtstheorie nachzustehen: Diese braucht kein Bedenken zu tragen, den Gemeinschuldner als Zeugen zu vernehmen, und entgeht damit einem Angriffe, der die Vertretertheorie trifft. Und stellte sich im übrigen ein wesentlicher Unterschied im praktischen Ergebnis nicht heraus, so erkennen wir jetzt auch den allein triftigen Grund dafür, daß die Amtstheorie sich von der Vertretertheorie mit ihrem natürlichen und gesetzlichen Parteibegriff abzweigen konnte, die ursprünglich allein anerkannt war. Die Amtstheorie nahm Anstoß daran, daß sie den Gemeinschuldner nicht als Zeugen vernehmen könne — und mit Recht. Es ist nicht zu verkennen, daß die Vernehmung des Kridars als Zeugen für den Prozeß nicht nur von großer Bedeutung, sondern praktisch ein Bedürfnis ist: Hat der Verwalter die Beweislast, und ist ihm die Benennung des Gemeinschuldners als Zeugen versagt, so liegt darin für diesen ein nicht zu rechtfertigender Nachteil; denn die Kenntnis von Tatsachen kann dann verloren gehen, die nur der Kridar hat, und abgesehen davon, daß eine Eideszuschiebung an den Gegner in solchen Fällen unzulässig ist (§ 445 ZPO.) und deswegen dann das Vorbringen des Verwalters beweislos bleiben müßte, ist selbst in den Fällen, wo der Eid zugeschoben werden kann, die Stellung des Gemeinschuldners eine wesentlich schlechtere, als wenn er infolge seiner Vernehmung als Zeuge imstande ist, im Interesse einer gerechten Entscheidung die freie Beweiswürdigung des Richters zu beeinflussen, wodurch in vielen Fällen entweder eine Eideszuschiebung überflüssig sein würde, da der Beweis erbracht wäre, oder doch bewirkt würde, daß dem Verwalter ein — dem Kridar durchweg günstigerer — Erfüllungseid auferlegt werden würde, damit er

so den durch die Zeugenvernehmung nur unvollständig geführten Beweis vervollständige und die Überzeugung des Gerichts zugunsten des Vertretenen erhärte. Besonders wichtig ist die Vernehmung des Kridars als Zeugen auch in Anfechtungsprozessen, wo es sich um seine Handlungen oder Wahrnehmungen durchweg dreht, und ebenfalls in Aussonderungsprozessen, wenn z. B. festgestellt werden soll, daß die Sachen der Ehefrau nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind. So steht es kurz überall, wo die Kenntnis des Gemeinschuldners in Frage steht und wo diese für den Prozeß, für eine gerechte Entscheidung unverwendbar bleiben müßte. — Von diesem richtigen Gedanken ausgehend ist aber die Amtstheorie nicht den richtigen Weg gegangen, wie wir oben sahen. An dem herrschenden Parteibegriff hat sie gerüttelt; das konnte und durfte sie nicht, weil der Parteibegriff im Gesetze völlig festgelegt ist. Die Vertretertheorie andererseits — im übrigen auf der festen Grundlage des Gesetzes stehend — liefert hier ein Ergebnis, das praktisch nicht befriedigt. Wir wollen prüfen, ob sich nicht für beide Theorien ein Ausweg findet, wenn der Zeugenbegriff eine andere Auslegung zuläßt als die der herrschenden Meinung. Diese versteht[1]) unter dem Zeugen immer eine dritte Person, die über ihr Wissen von Tatsachen aussagen soll. Der Gedanke nun, der dieser Begriffsbestimmung zugrunde liegt, ist offenbar der, daß Parteien als materiell am Ausgange des Streites unmittelbar und in erster Linie Beteiligte, als die materiellen Prozeßsubjekte die freie Beweiswürdigung des Richters durch eine Zeugenaussage ihrerseits nicht zu ihren Gunsten sollen beeinflussen dürfen. „Die Parteien dürfen ihr Wissen nur in der Form des Parteieides verwerten“,[2]) führt man aus. Es kann dahingestellt sein, ob nicht überhaupt eine Ersetzung des Parteieides durch eine zeugeneidliche Vernehmung der Parteien, wie sie in anderen Ländern Gesetz ist, in vielen Fällen ein gerechteres Urteil ergeben würde. Jedenfalls ist der herrschenden Meinung unumwunden zuzugeben, daß nach unserm Rechte die Parteien grundsätzlich nur durch das Mittel des beweisersetzenden Parteieides ihr Wissen verwerten können. Wie steht es aber mit denjenigen Parteien, die ihr Wissen im Prozeß nach der herrschenden Meinung überhaupt nicht verwerten können, weil sie von jedem Einfluß auf den Prozeß völlig zurückgedrängt sind, da an ihrer Stelle unter Ausschluß ihrer selbst ein gesetzlicher Vertreter den Prozeß führt

---

[1]) vgl. ERG. Bd. 12 S. 188; Gaupp-Stein Bem. I vor § 373; Struckmann-Koch Bem. zu § 373 und die übrigen Kommentare zur ZPO. außer Seuffert; über diesen s. unten.

[2]) Gaupp-Stein Bem. I vor § 373.

und beherrscht? Die herrschende Meinung will auch hier davon ausgehen, daß trotzdem die Parteien in eigener Sache wegen materieller Interessiertheit nicht Zeugen sein sollen. Aber bei genauerer Betrachtung zeigt sich doch, daß jene Begründung der herrschenden Meinung nicht stichhaltig ist: Denken wir uns zunächst einen rechtsfähigen Verein, so können die Vereinsmitglieder als Dritte als Zeugen vernommen werden, weil der Verein selbst Partei ist. Ganz anders beim nichtrechtsfähigen Verein: Hier ist die Vernehmung ausgeschlossen, weil der Verein keine Person und nicht Partei ist. Und doch: man kann nicht behaupten, daß die materielle Interessiertheit es ist, die in diesem Beispiel im letzteren Falle die Zeugenvernehmung ausschließt. Es dürfte unzweifelhaft sein, daß diese bei den Mitgliedern in beiden Fällen dieselbe ist. Dadurch daß ein Verein, der vorher nicht rechtsfähig war, in das Vereinsregister eingetragen wurde, ist die materielle Interessiertheit seiner Mitglieder keine andere geworden. Ein anderes Beispiel: Zwei Eheleute sind alleinige Mitglieder einer Gesellschaft m. b. H.; der Ehemann ist Geschäftsführer; dann kann in einem Prozesse dieser juristischen Person die Ehefrau als Zeugin vernommen werden, und doch wird sie zweifellos in den meisten Fällen ebenso interessiert sein, wie wenn sie selbst Partei wäre; hat sie doch ihr Kapital in die Gesellschaft fließen lassen, so daß sie tatsächlich einer Partei völlig gleichsteht — und doch ist ihre Vernehmung als Zeugin zulässig.[1]) Diese Beispiele zeigen deutlich, daß die materielle Interessiertheit es nicht sein kann, die die Zeugenvernehmung grundsätzlich ausschließt. — Die herrschende Meinung betont weiter, Parteien könnten nicht Zeugen sein, weil ihnen nach dem Gesetze das Mittel des Parteieides allein zugestanden sei, durch das sie ihren Einfluß auf den Prozeß zu üben hätten. Demgegenüber betont nun eine Anzahl Schriftsteller, daß der die Zeugenvernehmung ausschließende Umstand ein anderer sei. Schmidt besonders führt[2]) aus: Nach der Zivilprozeßordnung steht nur fest, daß nicht als Zeuge vernommen werden kann, wer nach seiner Stellung im Prozesse Parteierklärungen mit den Wirkungen, die solchen eigentümlich sind, abgeben, insbesondere Geständnisse ablegen und Parteieide leisten kann. Der nicht am Prozeß beteiligte Träger der abzuurteilenden Verpflichtung oder Berechtigung könne demgemäß als Zeuge vernommen werden. Die schroffe Unterscheidung zwischen Partei und Zeugen ist aus dem Gesetz nicht zu begründen.

---

[1]) Andere Beispiele s. bei Schmidt S. 500ff.

[2]) S. 500ff.; ihm folgen Biermann in Buschs Zeitschr. Bd. 34 S. 519; Jaeger, KO. Anm. 27 zu § 6; Rosenthal S. 42ff.; Seuffert, ZPO. Bem. 2 vor § 373; Staudinger Bd. 5 S. 168 Bem. A d zu § 1975.

Vielmehr gibt es dritte Personen, die nicht Partei sind und doch Parteierklärungen im Prozeß abgeben, und gibt es andererseits Parteien, die gleichwohl Geständnis und Eid nicht ablegen können. Hieraus folgt, daß auch dritte Personen zeugnisunfähig und daß andererseits Parteien zeugnisfähig sein können. Dieses Prinzip wird in der Tat in seinem ersten Teile durch die Zivilprozeßordnung bestätigt: Der gesetzliche Vertreter muß gemäß § 473 ZPO. im Zweifel die Parteieide leisten. Nur die Kehrseite hiervon sei, daß diejenigen Parteien, die im Prozeß durch gesetzliche Vertreter repräsentiert werden und welche demgemäß nicht wirksam verhandeln, gestehen und Parteieide leisten können, unbehindert zum Zeugeneide herangezogen werden dürften. Zeugnisfähig sei daher, obwohl Partei, der Minderjährige, der Geistesschwache, der Verschwender, das Mitglied des nichtrechtsfähigen Vereins, wenn der Verein, der Erbe, wenn der Nachlaßverwalter oder -pfleger für den Nachlaß in der Zwischenzeit den Prozeß führe, ebenso der Kridar in den Prozessen für die Masse.

Es ist das Verdienst Schmidts, nachgewiesen zu haben, daß die Begriffe Partei und Zeuge sich nicht unmittelbar begrenzen, daß es vielmehr Fälle gibt, die auf der Grenze liegen. Der gesetzliche Vertreter der Partei ist zweifellos Dritter; er mag in gewissem Sinne die Partei repräsentieren, aber er ist nicht Partei. Seine Handlungen im Prozesse wirken nur gegenüber der Partei. Der Annahme, daß die Kehrseite hiervon ist, daß Parteien als Zeugen vernommen werden können, ist beizustimmen. Doch hinsichtlich des Umfanges dieser Annahme werden wir nicht so weit zu gehen haben, wie Schmidt es will.

Voranzuschicken ist, daß eine Zeugenaussage in eigener Sache, d. h. trotz eigener Parteistellung, unter bestimmten Umständen keineswegs etwas Unannehmbares ist. Es kann in der Tat zunächst nur die Absicht des Gesetzes sein, die Kenntnis möglichst aller beteiligten Personen im Prozesse zum Zwecke einer gerechten Entscheidung zu verwerten, und daß gerade das Wissen der Parteien oft von besonderer Bedeutung ist, oft bedeutsamer als die vielleicht gar eidlichen Aussagen dritter Personen, ist unbestreitbar. Es wird ferner nicht verlangt, daß der Gemeinschuldner als Partei den Parteieid schwört, der gemäß § 473 Abs. 1 u. 3 ZPO. unter allen Umständen von seinem gesetzlichen Vertreter zu leisten ist. Der Parteieid ist wie Offenkundigkeit und Geständnis Beweisersatz.[1] Hier wird nur eine Zeugenvernehmung gefordert, bei der wie bei jeder anderen der freien Beweiswürdigung des Richters freier Lauf gelassen ist. Der Richter soll nicht bis zum Beweise des

[1]) vgl. dazu Kleinfeller S. 306ff.

Eidesverbrechens an die Zeugenaussage der Partei gebunden sein, sondern braucht ihr keinen Glauben zu schenken. Bei einer Vernehmung des Gemeinschuldners, der ja sein Wissen durch wirksames Verhandeln, Gestehen und Schwören des Schiedseides mit Wirkung für die Masse nicht verwerten kann, wird es in manchen, vielleicht in vielen Fällen so liegen wie etwa in unseren beiden Beispielen. Wegen ihrer materiellen Interessiertheit, die der einer Partei meist, ja wohl immer völlig gleichsteht, werden das Vereinsmitglied oder die Ehefrau durch ihre Zeugenaussage den Beweis — praktisch genau so gut in eigener Sache wie eine Partei — oft nicht oder doch nur unvollständig erbringen. In vielen Fällen aber ist, wie wir oben gesehen haben, die Vernehmung der Partei als Zeugen von großer Bedeutung und für eine gerechte Urteilsfindung Vorbedingung. Die freie Beweiswürdigung hilft hier wie dort in gleicher Weise über die Schwierigkeiten der Befangenheit hinweg.[1])

Steht nun der Auffassung jener Minderheit hinsichtlich des Zeugenbegriffs mangels einer gesetzlichen Festlegung desselben das Gesetz nicht unmittelbar im Wege, so haben wir aber doch zu prüfen, ob diese Annahme nicht deswegen als der gesetzlichen Auffassung fremd anzusehen ist, weil die Anwendung dieses Grundsatzes zu weit führen würde, und eine andere Auffassung deshalb als die gesetzliche erscheinen muß. Und da zeigt sich denn bei einer Untersuchung dieses Grundsatzes bezüglich seines Umfangs, daß in den übrigen Anwendungsfällen dem praktischen Bedürfnis doch nur teilweise entsprochen wird. Jedenfalls besteht das Bedürfnis seiner Anwendung in der nicht kleinen Gruppe von Fällen, in denen ein von dem sonstigen Vermögen des Berechtigten abgezweigter Vermögensteil im Interesse des Sonderungszwecks besonders repräsentiert wird; bei der Vertretung des Erben durch den Nachlaßverwalter oder sonstigen Nachlaßpfleger, durch den Testamentvollstrecker, bei der Vertretung des Delinquenten, bei der Vermögensbeschlagnahme des § 334 StPO., des Grundstückseigentümers durch den Zwangsverwalter und vor allem der des Gemeinschuldners durch den Konkurs-, auch Nachlaßkonkursverwalter liegt das Bedürfnis, die Partei als Zeugen zu vernehmen, auf der Hand, was der Amtstheorie zugegeben werden muß.

Betrachten wir demgegenüber die übrigen Fälle, in denen bei Durchführung des Prinzips jener Minderheit eine Partei als Zeuge vernommen werden kann, weil sie nicht wirksam durch ihr Verhandeln, Gestehen, Schwören der Schiedseide ihren Einfluß

[1]) vgl. auch Schmidt und Seuffert a. a. O.

auf den Prozeß zu üben befugt sind: Können der Minderjährige, der Verschwender usw. als Zeugen vernommen werden? Zweifelhaft kann nach der Auffassung Schmidts schon sein, ob die sechzehnjährige Partei des § 473 Abs. 2 ZPO.[1]) Zeuge sein kann, die, wenn auch nur auf Antrag und mit Zustimmung des Gerichts, zum Parteieide zugelassen werden kann. Sollen diese Parteien nicht zeugnisfähig sein, weil sie nur ausnahmsweise erst auf Antrag und mit Zustimmung des Gerichts den Parteieid leisten können, oder sollen sie zeugnisunfähig sein, weil sie, wenn auch nur unter diesen besonderen Voraussetzungen, den Schiedseid schwören dürfen? Wohl noch bedenklicher erscheint die Zulassung einer Zeugenvernehmung einer etwa vierzehnjährigen Partei dieser Art und in den übrigen in Betracht kommenden Fällen. Es widerspricht dem praktischen Bedürfnis durchaus, hier die Partei als Zeugen zu vernehmen. Und so hat denn auch das Reichsgericht[2]) die Vernehmung einer minderjährigen Partei besonders für unzulässig erklärt und damit in der Literatur allgemein mit gutem Rechte Anerkennung gefunden. Andererseits hat das Reichsgericht[3]) die Vernehmung des Gemeinschuldners für zulässig gehalten, freilich mit der nicht zureichenden Begründung, der Konkursverwalter, nicht er sei die Partei. Und wenn das Reichsgericht doch eine Anzahl Anhänger mit dieser Annahme gefunden hat, so dürfte dies dem Umstand zu verdanken sein, daß es, wenn es auch die Regeln des Rechts angegriffen hat, dem praktischen Bedürfnis hat entsprechen wollen. Das praktische Bedürfnis zwang einerseits die Vernehmung des Minderjährigen usw. auszuschließen, und die Begründung fiel nicht schwer, da man dem herrschenden Zeugenbegriff folgte, dessen Unhaltbarkeit schon Schmidt gezeigt hat. Das praktische Bedürfnis zwang andererseits, den Gemeinschuldner, der in Wahrheit Partei ist, als Zeugen zu vernehmen. Damit dürften wir aber vor der Lösung der Frage nach dem richtigen Zeugenbegriff stehen: Wie kommt es, daß wir zwar in den erstgenannten, nicht aber in den letztgenannten Gruppen von Fällen eine Vernehmung der Partei als unzulässig empfinden? In beiden Arten von Fällen haben wir es doch mit Parteien zu tun, und in beiden mögen die Parteien gleich materiell interessiert sein im obigen Sinne, eben weil sie Parteien, weil sie die Vertretenen, diejenigen sind, denen gegenüber die Wirkungen des Prozesses eintreten. Gelingt es uns,

---

[1]) Daß unter diesen Absatz der Gemeinschuldner nicht fällt, kann gegenüber dem aufzählenden Wortlaute nicht zweifelhaft sein; vgl. auch ERG. Bd. 29 S. 30.

[2]) ERG. Bd. 12 S. 188ff.

[3]) ERG. Bd. 29 S. 29ff.

den Umstand herauszufinden, der im einen Falle die Zeugenvernehmung der Partei als gerechtfertigt, als Recht, in dem anderen als ungerechtfertigt, als Unrecht erscheinen läßt, so haben wir damit unzweifelhaft einen Grundsatz gefunden, der einem den Bedürfnissen des Verkehrs, den Bedürfnissen des Lebens voll entsprechenden Rechte die Grundlage für die Aufstellung seines Zeugenbegriffs geben würde; wir sehen zunächst noch von unserm Gesetze, der Zivilprozeßordnung, ab.

Wir sahen bei unseren Untersuchungen, daß der Begriff des wirtschaftlichen Interesses von dem der Vertretung und damit auch dem der Partei als wesentlich formal-juristischen Begriffen wohl zu scheiden war. Dies werden wir auch hier zu berücksichtigen haben. Daß der Gemeinschuldner z. B. Partei ist, kann nach heutigem Rechte seine Vernehmung als Zeugen nicht ausschließen. Daß die Begriffe Partei und Zeuge sich nicht unmittelbar begrenzen, sich nicht unter allen Umständen ausschließen, nehmen auch wir an, und daß dieser Annahme das Gesetz nicht widerspricht, ist schon gezeigt. Den wirtschaftlichen Begriff des Interesses von anderen Begriffen zu scheiden, waren wir in unserer Abhandlung zu zahlreichen Stellen bestrebt. Gerade das wirtschaftliche Interesse der Gläubiger und die Spaltung des Vermögens des Vertretenen in ihrem wirtschaftlichen Interesse war geeignet, uns manche Eigentümlichkeiten in der Rechtsstellung des Gemeinschuldners restlos zu erklären; und so ist es auch hier der Umstand der Vermögensspaltung im Interesse des Sonderungszwecks, besonders der Befriedigung der Gläubiger, der uns die Grundlage für die richtige Entscheidung hergeben soll. Fassen wir diejenigen Fälle, in denen das Rechtsgefühl — wir sehen noch vom Gesetze ab — uns zur Zulassung der Vernehmung der Partei als Zeugen zwingt, von diesem Gesichtspunkt aus zusammen und stellen wir diese Klasse von Fällen den übrigen gegenüber, so zeigt sich der wesentliche Unterschied in der Rechtslage darin, daß wir es hier mit lauter Fällen zu tun haben, wobei äußerlich erkennbarer Sonderung eines Vermögensteils des Vertretenen zugunsten gewisser wirtschaftlich interessierter Personen oder zugunsten eines sonstigen die Sonderung herbeiführenden Zwecks und unter Beschränkung der Vertretung auf diesen Vermögensteil die Partei infolge dieser Sonderung wirtschaftlich hinsichtlich dieses Teiles in die Stellung eines Dritten zurückgedrängt ist; wo mit Rücksicht auf den Zweck der Sonderung, besonders die Befriedigung jener Personen, diese als die zukünftigen Erwerber des Vermögensteils schon jetzt wirtschaftlich und auch rechtlich als die eigentlich Interessierten erscheinen. In fast allen Fällen dieser Gruppe ist es das Interesse der Gläubiger, das

überhaupt die Sonderung des Vermögensteils des Vertretenen begründet und bewirkt; dieses Interesse ist es auch, das das ganze Verfahren, das sich um die Masse dreht, beherrscht; kraft dieses Interesses erhalten die Gläubiger mit der Sonderung im Verfahren eine derartige Stellung, daß sie wirtschaftlich als die vor allen, ja die allein Interessierten erscheinen. Gerade ihr Interesse ist es auch, das durch den gesetzlichen Vertreter des Schuldners gewahrt wird, der zur Berücksichtigung dieses Interesses nicht nur berechtigt, sondern bei eigener meist sogar besonderer Haftung verpflichtet ist. Im Verfahren üben die Interessenten eine derartige Herrschaft aus, daß der Vertretene wirtschaftlich in die Stellung eines Dritten zurückgedrängt ist, während rechtlich weder die Gläubiger vertreten werden noch der Vertreter Partei wird. So erscheint der Vertretene schon mit dem Beginne der Sonderung, nicht erst mit der Erreichung des Zwecks derselben, wirtschaftlich so sehr in den Hintergrund gedrängt, daß er, als Zeuge vernommen, nicht als wirtschaftlich in eigener Sache vernommen gelten kann. Ein Recht, das sich dem praktischen Bedürfnis anpaßt, müßte in der eben umschriebenen Gruppe von Fällen die Vernehmung der Partei als Zeugen zulassen. Wie anders liegt es dagegen in den Fällen, wo ein solches Recht sie nicht zulassen kann. Der gesetzlich vertretene Minderjährige, Verschwender usw. steht anders da. Hier ist von einer Verdrängung des Vertretenen in die wirtschaftliche Stellung eines Dritten keine Rede, und bestimmte Interessentengruppen, die ihn in der angegebenen Weise verdrängen könnten, kommen hier nicht in Frage; vielmehr wird lediglich in seinem Interesse die Vertretung angeordnet und durchgeführt; seine Vertretung ist nicht nur Stellvertretung, sondern auch Interessenvertretung. Dies dürfte auch der Umstand sein, der es als praktisches Bedürfnis empfinden läßt, daß hier eine Zeugenvernehmung nicht stattfinden darf.

Aber, kann man einwenden, wie stellt sich diese Annahme zu den Vorschriften der Zivilprozeßordnung? Die Antwort ist natürlich das Maßgebende; denn widerspricht eine solche Annahme dem Gesetze, so muß das wirtschaftliche Bedürfnis dem Rechte weichen. Von diesem absehend, hatten wir als den Umstand, der die Vernehmung der Partei als Zeugen zuläßt, den gefunden, daß die Partei in unserer Gruppe von Fällen wirtschaftlich nicht in eigener Sache aussagen soll, sondern daß sie wirtschaftlich in die Stellung eines Dritten zurückgedrängt ist. So muß u. E. auch die Antwort auf die Frage nach dem Zeugenbegriff unserer Zivilprozeßordnung lauten. Das Gesetz will diesen Zeugenbegriff. Das Gesetz enthält sich, wie wir schon sahen, einer Definition oder sonstigen Festlegung des Zeugenbegriffs völlig. Die Ver-

gleichung mit dem des näheren behandelten Parteibegriff liegt nahe. Dieser war durch das Gesetz derartig festgelegt, daß an ihm nicht zu rütteln ist. Ganz anders der Zeugenbegriff: überall, wo das Gesetz von der Zeugenvernehmung spricht, so z. B. bei der Beeidigung des Zeugen, setzt es ihn voraus; nicht etwa als bekannt oder gar selbstverständlich; das zeigt nicht nur der herrschende Streit, den wir geschildert haben, sondern jede der bisherigen Ansichten dürfte nicht völlig das Richtige treffen: Ist eine Frage gesetzlich nicht geregelt, so sucht man sie zunächst von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus zu lösen, und mit gutem Grunde. Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft des Lebens hat die Bedürfnisse des Lebens zu berücksichtigen; denn das Gesetz will die Lebensverhältnisse nach den Bedürfnissen des Lebens regeln. Findet man dann bei der diesem Bedürfnis entsprechenden Auslegung den Grundsatz heraus, der von einem allgemeinen Gesichtspunkte aus eine die praktischen Bedürfnisse nach allen Seiten befriedigende Lösung bringt, so ist dieser Grundsatz der richtige Rechtsgrundsatz, weil das Gesetz, indem es der Wissenschaft die Frage überläßt, unausweichbar zwingt, den praktischen Bedürfnissen entsprechend die rechtliche Regelung, den Willen des Gesetzes auszulegen. Wir haben uns diesem Zwange gegenüber, der eine gegenteilige Annahme als dem Rechte widersprechend, als Unrecht empfinden läßt, nicht zu sträuben; denn wir befolgen das Gesetz. Selbst wenn übrigens ein allgemeiner Grundsatz nicht zu finden wäre, das praktische Bedürfnis uns aber zu unserer Annahme treibt, so wäre damit in unserem Falle das Recht getroffen. Aber fest gegründet wird diese Annahme erst durch die Auffindung jenes der Empfindung zugrunde liegenden Gedankens. Diesen fanden wir aber als einen in erster Linie wirtschaftlichen Umstand, dem der wirtschaftlichen Zurückdrängung der Partei im Interesse des Sonderungszwecks. Damit ist aber unser Grundsatz nicht nur ein ohne Rücksicht auf das Gesetz konstruierter, sondern wir haben ihn zugleich als den Rechtsgrundsatz für die richtige Auffassung des Zeugenbegriffs unseres Gesetzes gefunden. Er lautet in kurzer Fassung: Zeugen können außer dritten Personen[1]) nur diejenigen Parteien sein, die kraft der gesetzlichen Regelung der ganzen Rechtslage ihres Sondervermögens wirtschaftlich in die Stellung eines Dritten zurückgedrängt sind. Da dieses nach der gesetzlich geschaffenen Lage nur in jener oben bezeichneten und umschriebenen Gruppe von Fällen zutrifft, so gilt

[1]) Daß Dritte, d. h. dem Prozesse fernstehende Nichtbeteiligte (mit Ausnahme des gesetzlichen Vertreters, vgl. S. 97 f.) grundsätzlich als Zeugen vernommen werden können, ist nicht bestritten.

hinsichtlich des Umfanges unseres Grundsatzes das oben Gesagte. Gegenstand der Vernehmung sind die Rechtsverhältnisse des Sondervermögens. Die Regel gibt die Richtschnur für alle übrigen fraglichen Fälle.

Der Vollständigkeit halber sei noch hervorgehoben, daß die Kehrseite der wirtschaftlichen Zurückdrängung der vertretenen Partei zwar in der Regel das Nachrücken der Gläubiger ist, daß aber auch ein sonstiger die Vermögenssonderung begründender Zweck die Kehrseite bilden, die Zurückdrängung der Partei auch ganz oder teilweise aus einem ähnlichen Grunde erfolgen kann; so bei der Testamentsvollstreckung: Sind, wie es die Regel bildet, mehrere Erben durch den Testamentsvollstrecker vertreten, so ist doch jeder einzelne Erbe — und er, nicht die Erbengemeinschaft soll ja Zeuge sein — wirtschaftlich schon insoweit zurückgedrängt, als der Testamentsvollstrecker, dem insbesondere obliegt, die Auseinandersetzung zu bewirken, dem einzelnen Erben gegenübertritt, soweit die übrigen Erben am Nachlaß berechtigt sind; dazu kommt allen und jedem Erben gegenüber der Wille des Erblassers vor allem in Betracht, der die Erbschaft bindet und den der Testamentsvollstrecker durchzuführen hat; ferner tritt der Testamentsvollstrecker dem Erben insofern gegenüber, als der Testamentsvollstrecker ihm gegenüber Vermächtnisse und Auflagen zu vollziehen hat. Zu allen diesen Zwecken hat weiter der Testamentsvollstecker am Nachlaß Besitz zu ergreifen und unter Ausschluß des Erben im Sinne der letztwilligen Verfügung die Verwaltung und Verwendung vorzunehmen. Besteht schließlich eine Testamentsvollstreckung bei zukünftiger Nacherbfolge (§ 2222 BGB.), so wahrt der Testamentsvollstrecker dem Erben gegenüber das Interesse des Nacherben. Die Kehrseite der Zurückdrängung der Partei ist hier also im einzelnen verschieden gestaltet.

Der Wert der Vernehmung der Partei als Zeugen in den gesetzlich zugelassenen Fällen liegt darin, daß die Partei, deren Vertretung im Interesse des Sonderungszwecks geführt wird, als gerechtes Äquivalent für diese Zurückdrängung das Mittel erhält, ihr Wissen zu ihren Gunsten zu verwerten, durch ihre Zeugenaussage in ihrem Interesse zur Erreichung einer gerechten Entscheidung die freie Überzeugung des Richters zu beeinflussen. Wohl durchweg wird der Kridar[1]) — besonders vom Verwalter — als Zeuge benannt, damit er in seinem Interesse aussage. Die Kehrseite der Zulassung einer solchen Aussage ist natürlich aber die Zulassung einer Vernehmung des Kridars im Interesse des Gegners. Dies steht mit jenem natürlich nur im Einklang, denn der Gemein-

---

[1]) vgl. S. 95 f.

schuldner bedarf des Schutzes nur, soweit er zur Herbeiführung einer gerechten Entscheidung erforderlich ist, während er andererseits auch zugunsten des Gegners auszusagen hat, um diesem zu seinem Rechte zu verhelfen, soweit nicht die allgemeinen Grundsätze über das Zeugnisverweigerungsrecht in Frage stehen.

Als Recht konnte uns dagegen nicht die Vernehmung des Minderjährigen, des Verschwenders usw. erscheinen, und mit gutem Grunde. Wir sahen schon, daß hier von einer Verdrängung der Partei im bezeichneten Sinne nicht die Rede ist, daß dementsprechend auch die Vertretung der Partei nicht nur eine Stellvertretung, sondern zugleich eine Interessenvertretung bildet. Damit ist auch dem das Gesetz beherrschenden Grundgedanken der gerechten Stellung auch im Prozeß entsprochen. Die Interessen des Vertretenen werden genügend durch den gesetzlichen Interessenvertreter gewahrt, der nicht durch die Pflicht, in erster Linie das Interesse anderer wahrzunehmen, eingeengt ist. So erscheint unsere Annahme als Erfordernis der ausgleichenden Gerechtigkeit. Sollte sich im Einzelfalle auch hier ein besonderes Bedürfnis herausstellen, gerade die Partei zu hören, so steht nichts im Wege, daß der Richter das persönliche Erscheinen der Partei anordnet, was nach der Vertretertheorie [1]) natürlich auch im Konkurse und ähnlichen Verfahren nicht ausgeschlossen ist. Die im angegebenen Sinne zurückgedrängte Partei behält den Vorzug vor dem Minderjährigen und den ihm Gleichstehenden, als Zeuge vernommen werden zu können.

Wir kommen nun auf den Unterschied der herrschenden Meinung von der eben aufgestellten zurück: Die herrschende Meinung ging bei der Abgrenzung des Zeugenbegriffs von dem Begriff der Partei aus, der immerhin wie der Begriff der Vertretung mehr ein formaler ist. Wir meinen, daß nicht das materielle Interesse der Partei es ist, das die Zeugenvernehmung derselben ausschließt, daß vielmehr das Interesse der zurückgedrängten Partei es ist, das die Zeugenvernehmung in jener Gruppe von Fällen ermöglicht.

Eine gewisse Stütze dürfte unsere Ansicht auch darin finden, daß die unmittelbar am Ausgange des Streites beteiligten Zeugen eine besondere Behandlung erfahren,[2]) und daß es sich gerade bei der Zeugenvernehmung und ihren Voraussetzungen um wesentlich wirtschaftliche Fragen dreht.

Von dem gefundenen Standpunkt aus können wir uns nun auch — zurückblickend — erklären, wie die Amtstheorie gerade bei jener Gruppe von Fällen dazu gekommen sein mag, ihren Ausweg zu suchen. Sie hat richtig empfunden, daß die vertretene Partei, die wirtschaftlich in die Stellung eines Dritten

[1]) Nach der Amtstheorie ist dies ja unmöglich.

[2]) vgl. § 393 ZPO.

zurückgedrängt ist, nach dem Willen des Gesetzes als Zeuge vernommen werden muß. Von diesem Gedanken ausgehend ist die Amtstheorie aber nicht den richtigen Weg gegangen; der Parteibegriff ist durch die Zivilprozeßordnung unverrückbar festgelegt. Die Amtstheorie findet im Gesetze selbst ihren Widerspruch, sie kann für die Richtigkeit des von ihr eingeschlagenen Weges aus dem Gesetze keine Stütze zeigen, was nachzuweisen ein Ziel unserer Abhandlung war. Mit Recht hat die Amtstheorie daher auch nur verhältnismäßig wenig Anerkennung gefunden. Sie hätte nicht beim Parteibegriff, sondern beim Zeugenbegriff zugreifen sollen und hätte das Gesetz befolgen und zugleich dem wirtschaftlichen Bedürfnis genügen können.

Wir sind vor die Wahl gestellt, trotz der Erkenntnis, daß einerseits die Amtstheorie mit ihrem Parteibegriff keine gesetzliche Grundlage aufweist, und daß andererseits die Vertretertheorie bei Beibehaltung des herrschenden Zeugenbegriffs in diesem Punkte kein befriedigendes Ergebnis liefert, diesen Zeugenbegriff weiter festzuhalten und damit jene zahlreichen Fälle eines völlig unbefriedigenden Ergebnisses in den Kauf zu nehmen, oder aber aus unserer Untersuchung den — mangels gesetzlicher Bestimmungen über den Zeugenbegriff — u. E. nicht fernliegenden Schluß zu ziehen, daß der herrschende Zeugenbegriff nicht völlig richtig sein kann. So wird durch die vorgeschlagene Auffassung des Zeugenbegriffs, der seine Grundlage im Gesetze sucht und findet, einerseits den Anhängern der Amtstheorie die Möglichkeit gegeben, unter Aufgabe ihres unhaltbaren Standpunkts zur Vertretertheorie zurückzukehren,[1]) die ursprünglich allein anerkannt war und mit Recht auch heute noch vorherrscht, andererseits die Vertretertheorie erst durch die Abänderung des herrschenden Zeugenbegriffs im angegebenen Sinne zur völlig brauchbaren Theorie.

Kehren wir nach einigen notwendigen Abschweifungen zu unserer eigentlichen Frage zurück, um das Gefundene auf die Rechtsstellung des Gemeinschuldners anzuwenden, so ergibt sich: Auch der Gemeinschuldner kann in den vom Verwalter aktiv oder passiv geführten Prozessen mit Wirkung für die Masse nicht wirksam verhandeln, gestehen und Parteieide leisten. Auch von seinem Vermögen aber ist ein Teil abgespalten, hinsichtlich dessen die Gläubiger als diejenigen, in deren Interesse die Sonderung erfolgte und unter die die Masse verteilt werden soll, schon während des Verfahrens als die Interessenten der Masse erscheinen, indem sie zusammen mit dem Konkursverwalter in der Lage sind, wirtschaftlich über die Verwaltung und Vertretung der Masse zu bestimmen durch mancherlei Rechte, die ihnen, wie das Genehmigungs-

[1]) Im übrigen stellten sich praktisch wichtige Unterschiede ja nicht heraus.

recht für gewisse wichtige, die Masse betreffenden Handlungen des Verwalters, wie das Recht, in Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung über die Art der Verwaltung und Verwertung der Masse zu befinden, in der Tat einen solchen Einfluß auf die Masse einzuräumen, daß der Gemeinschuldner, der auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis wie das Prozeßführungsrecht hinsichtlich der Masse verliert, wirtschaftlich völlig in die Stellung eines Dritten zurückgedrängt ist: Der Gemeinschuldner kann in den vom Verwalter geführten Prozessen bezüglich der Masse als Zeuge vernommen werden. Als Zeuge, der als Partei am Ausgange des Streites unmittelbar beteiligt ist, muß er zunächst unbeeidigt aussagen; doch kann das Gericht seine nachträgliche Beeidigung anordnen.[1])

Was ist nach allem also im letzten Grunde die Grundlage für die Möglichkeit, hier die Partei als Zeugen zu vernehmen? Die Vermögensspaltung im Interesse des Sonderungszwecks. Die Vermögensspaltung war es nun schon, die uns an vielen Stellen die Erklärung hergab für Rechtsverhältnisse, deren eigentümliche Art den Gegnern Anlaß gab, gegen die Vertretertheorie Angriffe zu richten. Die Vermögensspaltung war es, die uns den Gegensatz zwischen Stellvertretung und Interessenvertretung klarzulegen vermochte, die uns zeigte, daß gerade bei ihr beide auseinanderzufallen pflegen; in ihr erkannten wir den inneren Grund für die Möglichkeit eines Kontrahierens und Prozessierens des Gemeinschuldners mit sich selbst durch das Mittel des Konkursverwalters. Sie war es auch, die uns die eigentümlichen Rechtsverhältnisse der Anfechtungsprozesse klarstellte und die uns die Erklärung brachte für die Besonderheiten derjenigen Prozesse, in denen der Kridar zur Auskunft gezwungen, er zur Haft gebracht oder von ihm der Offenbarungseid gefordert wird. Sie ermöglichte eine Streitgenossenschaft oder eine Nebenintervention des Gemeinschuldners in den vom Verwalter geführten Prozessen. Es darf nicht wundernehmen, daß auch sie es im letzten Grunde ist, die die Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen ermöglicht.

Die Rechtsstellung des Gemeinschuldners ist eine einheitliche. Sie erklärt sich, soweit man auf Besonderheiten stößt, die auf den ersten Blick auffallen mögen, aus der eigentümlichen Rechtslage: den Rechtsverhältnissen des Sondervermögens.

So gelangen wir auf diesem Wege zu einem völlig einheitlichen Ergebnis, das vor allen Dingen dem praktischen Bedürfnis in jeder Weise entspricht — ohne aber dabei irgendwie den Boden des Gesetzes zu verlassen.

---

[1]) § 393 ZPO.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.